



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

LUZIA VALENÇA BISPO

**INDENIZAÇÃO PUNITIVA POR DANO EXTRAPATRIMONIAL DE
NATUREZA DIFUSA DECORRENTE DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

**Brasília
2016**

LUZIA VALENÇA BISPO

**INDENIZAÇÃO PUNITIVA POR DANO EXTRAPATRIMONIAL DE
NATUREZA DIFUSA DECORRENTE DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Bacharelado
em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário
de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. MSc. Maurício Muriack

**Brasília
2016**

LUZIA VALENÇA BISPO

**INDENIZAÇÃO PUNITIVA POR DANO EXTRAPATRIMONIAL DE
NATUREZA DIFUSA DECORRENTE DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Bacharelado
em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário
de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. MSc. Maurício Muriack

Brasília, 07/05/2016.

Banca examinadora

Prof. Maurício Muriack
Orientador

Prof. João Oliveira
Examinador

Prof. Humberto Santos
Examinador

A todas as pessoas que acreditam em uma
Administração Pública justa e proba.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus por me iluminar na confecção deste trabalho, dando-me as ideias a serem colocadas no papel.

Agradeço imensamente a Filipe, meu marido, amigo, companheiro, amor da minha vida, por sempre me incentivar nessa jornada acadêmica e confiar que posso alçar voos mais altos.

Agradeço aos meus irmãos Levy e Safira que mesmo à distância acreditaram no meu sonho de fazer nova faculdade.

Agradeço à minha amiga Gegê pelo carinho e compreensão prevalente em nossa amizade. Te adoro maguinha!

Agradeço ao professor Maurício Muriack pela atenção e disponibilidade em me auxiliar na confecção desse trabalho.

Agradeço a todos os professores do UniCEUB pelos 5 anos que tive o prazer de conhecer o Direito, em especial à professora Geilza Cavalcanti pelas aulas maravilhosas e inesquecíveis de Tutela dos Direitos Difusos e Coletivos.

Agradeço a todos os colegas que compartilharam comigo esses anos de faculdade. Obrigada!!

“De tanto ver triunfar as nulidades; de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça. De tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto.”

Rui Barbosa

RESUMO

O presente trabalho trata da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais de natureza difusa decorrentes de atos de improbidade administrativa. A primeira parte aduz acerca do direito fundamental à probidade administrativa e às noções gerais de responsabilidade, delineando os sujeitos submetidos ao regramento da Lei 8.429/92, bem como os atos que praticados pressupõem o ilícito; a segunda parte aborda o dano moral coletivo por improbidade administrativa, prescrevendo as funções da indenização e discutindo sobre o *quantum* indenizatório; por último, a pesquisa aprofunda-se nos chamados *punitive damages* ou indenização punitiva, buscando algum similar do instituto na Lei 8.429/92. A análise, com fundamento na doutrina e jurisprudência pátrias, conclui que a multa civil prevista na lei supramencionada pode ser entendida sob as mesmas premissas dos *punitive damages*. Desse modo, restringir a atuação do julgador a limites máximos de multa civil para as modalidades de improbidade fere a teoria da indenização punitiva, pois o valor arbitrado poderá não cumprir as finalidades preventiva e punitiva. Portanto, há que se ter um limite mínimo de multa civil, mas não limite máximo, sendo imprescindível a alteração legislativa para excluí-lo.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Dano moral coletivo. *Punitive damages*. Indenização punitiva.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 DIREITO FUNDAMENTAL À PROIBIDADE ADMINISTRATIVA.....	11
1.1 PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E PROIBIDADE ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO	12
1.1.1 A proibidade administrativa enquanto direito difuso	13
1.2 NOÇÕES GERAIS DE RESPONSABILIDADE	16
1.3 INDEPENDÊNCIAS DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA, PENAL E CIVIL DOS AGENTES PÚBLICOS	19
1.3.1 Responsabilidade administrativa	22
1.3.2 Responsabilidade penal	23
1.4 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	24
1.4.1 Sujeitos da improbidade administrativa	26
1.4.1.1 <i>Sujeito ativo</i>	26
1.4.1.2 <i>Sujeito passivo</i>	29
1.4.1.3 <i>Terceiros</i>	30
1.4.2 Atos de improbidade administrativa	31
1.4.2.1 <i>Enriquecimento ilícito (art. 9º)</i>	32
1.4.2.2 <i>Dano ao erário (art. 10)</i>	35
1.4.2.3 <i>Violação aos princípios da administração pública (art. 11)</i>	36
1.4.3 Sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92	37
2 DANO MORAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL	39
2.1 DIFERENÇAS ENTRE DANO PATRIMONIAL E MORAL	42
2.2 DANO MORAL COLETIVO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	46
2.3 FUNÇÕES DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL	50
2.3.1 Função compensatória	51
2.3.2 Função dissuasora ou preventiva	53
2.3.3 Função punitiva ou sancionatória	54

2.4 O <i>QUANTUM</i> INDENIZATÓRIO DOS DANOS MORAIS	58
---	----

3 FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL COLETIVO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....61

3.1 A TEORIA DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	62
--	----

3.1.1 Origens do instituto	62
----------------------------------	----

3.1.2 Conceito e funções.....	64
-------------------------------	----

3.1.3 Discussões sobre a aplicabilidade dos <i>punitive damages</i> no Direito Brasileiro	66
---	----

3.2 A APLICAÇÃO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	69
--	----

3.3 ADOÇÃO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.....	71
--	----

3.3.1 A tutela extrapatrimonial da probidade administrativa	71
---	----

3.3.2 Reparação do dano extrapatrimonial por improbidade administrativa	73
---	----

3.4 APLICABILIDADE DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> : ESTUDO DE CASO	75
---	----

3.4.1 Estudo de caso: Improbidade administrativa por enriquecimento ilícito e violação dos princípios da Administração Pública	75
--	----

3.4.2 Discussões sobre o <i>decisum</i> do TJDF	77
---	----

CONCLUSÃO.....	81
-----------------------	-----------

REFERÊNCIAS.....	83
-------------------------	-----------

ANEXO – JURISPRUDÊNCIAS	87
--------------------------------------	-----------

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, implicitamente, a probidade como princípio norteador da Administração Pública. Além de ser princípio, trata-se de um direito ou interesse de caráter difuso, o qual recebe plena proteção da ordem jurídica.

Apesar disso, o país tem vivido grandes escândalos cometidos por agentes públicos, os quais, frequentemente, após cumprirem as penalidades, tornam a praticar os mesmos atos ilícitos que resultaram na condenação.

Uma única conduta ilícita pode desencadear a instauração de processos nas instâncias administrativa, civil e criminal, isoladas ou cumulativamente. Na esfera cível, apurar-se-ão as sanções previstas na Lei 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa.

Configurado o ato de improbidade, impõe-se a reparação integral, ou seja, não apenas dos danos patrimoniais porventura provocados, mas também dos prejuízos extrapatrimoniais, inclusive os de natureza coletiva.

A reparação pelos danos extrapatrimoniais de caráter difuso justifica-se em virtude de os atos ímprobos resultarem, por exemplo, na depauperação do patrimônio público, descrédito dos ocupantes de funções públicas, ampliação das desigualdades sociais, elevação da dívida pública etc., configurando, portanto, a própria ruína do governo.

A fim de combater as violações a interesses difusos, se desenvolveu nos Estados Unidos a teoria dos *punitive damages*. Em síntese, ela visa estabelecer um *quantum* indenizatório superior ao valor do dano, cumprindo uma dupla função: punir o ofensor e prevenir novas condutas, tanto por parte do lesante como da coletividade.

Com base nesse instituto, surgiu no Brasil a teoria da indenização punitiva, ganhando adeptos a partir da década de 90. Depois, se fortalecendo no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental.

Parte da doutrina e da jurisprudência, todavia, encontra dificuldades para adotar as premissas do instituto norte-americano no ordenamento jurídico pátrio, sob a alegação de ausência de previsão legal expressa, invasão do Direito

Penal na seara cível, falta de critérios objetivos para estabelecer o *quantum* indenizatório, dentre outras.

Contudo, essas teses não têm prevalecido e a indenização punitiva já é uma realidade que se destina resguardar os interesses difusos, incluindo a probidade administrativa.

Nessas circunstâncias, o presente trabalho almeja demonstrar que a multa civil prevista na Lei 8.429/92 é um instrumento de sanção similar ao instituto dos *punitive damages*. A ela devendo ser aplicadas, com adaptações ao nosso sistema, as premissas dessa teoria, principalmente no que toca às funções punitiva e preventiva da indenização.

Pretende-se, portanto, fortalecer a teoria da indenização punitiva no Direito Administrativo Sancionador a fim de se desenvolver no serviço público a cultura de obediência aos princípios da Administração Pública.

1 DIREITO FUNDAMENTAL À PROBIDADE ADMINISTRATIVA

De acordo com Ernout (1994, apud VIANA, 2014, p. 63) a palavra probidade advém do latim *probus* que originariamente consiste naquilo que brota bem (*pro + bho* – da raiz *bhu*, nascer, brotar). O termo “exprime o sentido de justo, íntegro, honrado, cumpridor de seus deveres, cauteloso em suas obrigações, criterioso no modo de proceder” (SILVA, 2013, p. 1102-1103).

Nos Estados Antigos, a religião determinava a autoridade dos governantes, fazendo com que os súditos os vissem como deuses ou representantes dos deuses. Dessa forma, a ideia era de que eles deveriam agir de forma justa e correta. Essa percepção foi ganhando força no evoluir social de modo a tornar-se um direito e, de valor do Estado (caráter axiológico) ascendendo a princípio (caráter deontológico) que deve nortear todos os atos dos agentes públicos.

Nessa esteira, Waleska Cariola Viana (2014, p. 63), em sua tese de mestrado, estatui:

desde os antigos, os membros da sociedade depositam nos detentores do poder a expectativa de que estes sejam probos e atuem para e na defesa do interesse público. Quando o comportamento dos governantes não corresponde à expectativa da maioria dos governados dispara-se o gatilho para desencadear as revoluções e as mudanças dos regimes políticos, sejam absolutos ou democráticos.

A probidade administrativa é, portanto, um valor e, concomitantemente, um princípio que rege o Estado.

Na eventualidade de afronta a tal princípio, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) determina as regras a serem aplicadas. Nela estão descritas três espécies de infrações: enriquecimento ilícito (art. 9º), dano ao erário (art. 10) e violação aos princípios da Administração Pública (art. 11).

A previsão de sancionamento por afronta aos princípios da Administração Pública na norma de regência denota estima especial do legislador ordinário pelos valores que devem nortear o Estado.

Dentre esses valores, destacam-se os princípios da moralidade e probidade administrativa, previstos implícita e explicitamente no texto constitucional de 1988.

1.1 PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E PROBIDADE ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O princípio da probidade administrativa está umbilicalmente ligado ao princípio da moralidade. Por isso, necessário se averiguar, ainda que de forma superficial, o significado deste último na ordem jurídica nacional.

A moralidade administrativa, segundo Maurice Hauriou (1926, apud MEIRELLES, 2010, p. 90), que foi o sistematizador do conceito, afirma que não se constitui na moral comum, mas sim na moral jurídica, entendida como “o conjunto de regras de condutas tiradas da disciplina interior da administração”.

Assim, o supramencionado administrativista francês (1926, apud MEIRELLES, 2010, p. 90) delineia o modo de agir do agente público, nos seguintes termos:

agente público deve distinguir entre o lícito e o ilícito, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente. Ademais, tendo por fundamento a relação humana, deve diferenciar o Bem do Mal, o honesto do desonesto, de modo que o conteúdo jurídico de suas decisões não poderá apartar-se do alinhamento ético. Com efeito, o ato administrativo deve ter por base não somente a lei jurídica, como igualmente a lei ética, até porque nem tudo que é legal é honesto, segundo já dizia os romanos.

Nesse diapasão, Antônio José de Mattos Neto (1997, p. 160) aduz:

o ato administrativo para ser considerado consentâneo com a moralidade jurídica deve estar de acordo com a lei e não ofender a moral pública, os bons costumes, as regras da boa-fé, os princípios de justiça e equidade, bem como a ideia comum de honestidade.

Em obediência a essa ética administrativa, a Constituição Federal de 1988 (CF/88), no artigo 37, *caput*, estatuiu, explicitamente, o princípio da moralidade administrativa como uma das regras gerais norteadoras da Administração Pública. A fim de tornar efetivo o referido princípio, o parágrafo 4º do mesmo dispositivo

consagra o princípio da probidade administrativa. Os dois princípios estão correlacionados, todavia, não se confundem.

Marcelo Figueiredo (1995, apud MATTOS NETO, 1997, p. 160) faz a distinção entre eles:

o princípio da moralidade administrativa possui maior abrangência e generalidade, conformando todos os poderes e funções do Estado uma atuação segundo os padrões jurídicos da moral, da boa-fé, da lealdade e da honestidade; por outro lado, o princípio da probidade está exclusivamente vinculado ao aspecto da conduta (do ilícito) do administrador.

Assim, em prol da defesa desses valores que regem a Administração Pública, foi criada, em 2 de junho de 1992, a Lei 8.429 prevendo os atos que constituem improbidade administrativa e suas devidas sanções. A norma tem aplicabilidade para todas as categorias de servidores públicos, em todas as esferas de Poder, independente de qual ente público estejam eles vinculados.

1.1.1 A probidade administrativa enquanto direito difuso

A doutrina clássica divide os interesses em duas categorias: o interesse público e o interesse privado. “Aquele trata do bem geral da coletividade; este, o modo pelo qual a Administração interpreta o que seja o efetivo interesse da coletividade” (MAZZILLI, 2014, p. 27).

Além dessas espécies de interesses, existe uma categoria intermediária que transcende os indivíduos isoladamente considerados, mas não chega a constituir interesse do Estado nem de toda a coletividade: são os interesses transindividuais, também conhecidos como metaindividuais. Nesse contexto, o artigo 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, elenca três subcategorias de interesses ou direitos, quais sejam: difusos, coletivos e individuais homogêneos (BRASIL, 1990).

Saliente-se que, por hora, não é objeto desse trabalho o detalhamento dos interesses coletivos e individuais homogêneos, pois, conforme explicaremos, a probidade administrativa constitui direito difuso. Apesar disso, necessária a distinção, ainda que perfunctórias, entre direito difuso e coletivo.

Os interesses ou direitos difusos são aqueles oriundos de uma mesma situação de fato, em razão da qual determinada coletividade, composta por indivíduos indeterminados e indetermináveis, torna-se titular de direito indivisível (CERQUEIRA; DONIZETE, 2010, p. 44). Assim, a referência do interesse difuso é com o indivíduo enquanto membro da comunidade e não com ele especificamente considerado.

Por outro lado, os interesses ou direitos coletivos (*stricto sensu*), espécies de interesses transindividuais, “são aqueles de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (BRASIL, 1990).

Perceba-se, portanto, que os direitos difusos abrangem um universo maior do que os interesses coletivos, podendo atingir toda a humanidade. É comum a utilização do termo interesse coletivo *lato sensu*, significando o gênero, das quais são espécies os interesses coletivos *stricto sensu* e os interesses difusos.

A Constituição Federal consagrou a possibilidade de defesa do interesse difuso à probidade administrativa ao manter a previsão da ação popular em seu artigo 5º, LXXIII, para anular ato lesivo ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa - princípio que com o da legalidade compõe o princípio implícito da probidade administrativa -, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Igualmente, a CF/88 atribuiu funções institucionais ao Ministério Público no dispositivo do artigo 129, inciso III, prevendo a possibilidade de promoção de inquérito civil e ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Além da previsão na Constituição Federal, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) coaduna-se com o entendimento doutrinário de que a probidade na Administração Pública constitui direito difuso, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DEFERIMENTO DE LIMINAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA. SÚMULA 07/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS.

COMPETÊNCIA DO STF. UTILIZAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA ATO DE IMPROBIDADE. CABIMENTO.

1 A probidade administrativa é consectário da moralidade administrativa, anseio popular e, a fortiori, difuso.

2. A característica da ação civil pública está, exatamente, no seu objeto difuso, que viabiliza mutifária legitimação, dentre outras, a do Ministério Público como o órgão de tutela, intermediário entre o Estado e o cidadão.

[...]

4. Considerando o cânone de que a todo direito corresponde um ação que o assegura, é lícito que o interesse difuso à probidade administrativa seja veiculado por meio da ação civil pública máxime porque a conduta do Prefeito interessa à toda a comunidade local mercê de a eficácia erga omnes da decisão aproveitar aos demais munícipes, poupando-lhes de noveis demandas.

[...]

8. A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.

(REsp 1.085.218/RS , Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15/10/2008, DJe 06/11/2009, **grifos nossos**).

Nessas circunstâncias, Waleska Cariola Viana (2014, p. 78-79)

conclui que:

O direito à probidade administrativa está, assim, inserido na classe dos direitos difusos, vez que a titularidade desse direito é indeterminada ou de difícil determinação. Portanto, se refere a um conjunto de princípios e regras destinados a estabelecer um sistema de proteção ao patrimônio público consubstanciado no Estado de Direito, ou seja, a esse conjunto de bens e interesses de natureza social, política e jurídica que o integra.

[...] portanto, a probidade administrativa, além de positivada, ou seja, reconhecida constitucionalmente como princípio implícito, passou por longo caminho de densificação jurídica, restando efetivada em dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que coíbem e punem atos violadores da lei e da moralidade.

Apesar de, tanto a doutrina quanto a jurisprudência entenderem a probidade administrativa como direito difuso, nem sempre quando configurada a improbidade resultará na indenização por danos difusos. Contrariamente ao que

ocorre quando se viola o direito ao meio ambiente que a indenização por danos difusos é aplicada com maior frequência¹.

Há que se compreender, portanto, que os crimes praticados por agentes públicos não são apenas prejudiciais ao erário, mas retiram da população o direito a investimento em segurança pública, saúde, educação, moradia, saneamento básico, dentre outros. Além disso, causam uma injusta e intolerável agressão aos valores prezados pela sociedade.

Assim, no momento em que um agente público, por ato ilícito, gera dano, patrimonial ou extrapatrimonial, a direito individual ou coletivo, surge sua responsabilidade pela conduta praticada.

Acerca das responsabilidades dos agentes públicos trataremos nos tópicos seguintes.

1.2 NOÇÕES GERAIS DE RESPONSABILIDADE

Os civilistas Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2014, p. 45-46) explicam que “a palavra *responsabilidade* tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade”.

O fundamento da responsabilidade, no campo jurídico, está no princípio fundamental da proibição de ofender, ou seja, a ideia de que a ninguém se deve lesar – a máxima *neminem laedere*, de Ulpiano – limite objetivo da liberdade individual em uma sociedade civilizada.

Em seu *Programa de Responsabilidade Civil*, Sérgio Cavalieri Filho (2014, p. 14) traduz o conceito de responsabilidade civil, abordando o seu caráter reparatório e de dever jurídico sucessivo:

A violação desse dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo.

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. *AgRg no AREsp nº 1.513.156/CE*.

Nessa acepção, portanto, só se cogita da responsabilidade onde houver violação de um dever jurídico e a ocorrência de dano, pressupostos indispensáveis.

Por essa lógica, o ato ilícito é “aquele que viola uma obrigação, relativa ou absoluta, imposta pelo ordenamento jurídico, sendo esse descumprimento o elemento nuclear de seu conceito” (MELLO, M. B., 2014, p. 300-301).

No mesmo sentido, Kelsen (1999, p. 78) propugna que:

o ato ilícito é uma conduta humana, omissiva ou comissiva, determinada pela ordem jurídica que, quando praticada, constitui pressuposto de coerção estatuído pela mesma ordem jurídica. Com efeito, a sanção é mera consequência do ilícito.

Para que haja ilícito, todavia, é necessária, cumulativamente, contrariedade a direito e imputabilidade do agente. Desse modo, “a contrariedade a direito não é suficiente, por si só, para caracterizar a ilicitude, pois ela pode ser previamente afastada pelo ordenamento jurídico. Ademais, o sujeito ativo deve possuir capacidade delitual” (MELLO, 2014, p. 281-283).

Desse ponto de vista, se há pré-exclusão do elemento ilicitude, não há que se falar em fato ilícito. Na esfera criminal, por exemplo, o servidor público não comete ilícito quando age em legítima defesa (art. 23, II, do Código Penal (CP)), devendo ser absolvido. Noutra banda, se o agente incapaz praticar a conduta contrária a direito, a ilicitude será descaracterizada pela ausência de imputabilidade.

Importante destacar, contudo, que embora o absolutamente incapaz não cometa ato ilícito, ele responderá pelo dano causado, na hipótese de as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo, ou, mesmo que a tenham, não disponham de meios suficientes para satisfazê-los, nos moldes do artigo 928 do Código Civil de 2002 (CC/2002). Trata-se da reparabilidade do dano independentemente da ilicitude.

A depender da natureza do direito violado, o sujeito poderá praticar ato ilícito relativo e absoluto, este também chamado de delito ou ato ilícito *stricto sensu*. O ato ilícito relativo se configura quando, entre o ofensor e o ofendido, há relação jurídica de direito relativo, ou seja, preexistente; por outro lado, é absoluto o

ilícito quando entre o agente e o ofendido não existe relação jurídica ou, se existe, é de direito absoluto – relação jurídica a sujeito passivo total, o *alter*.

A distinção entre tais espécies reside na natureza do dever descumprido. Destarte, mesmo que haja uma relação jurídica de direito relativo entre o ofensor e a vítima, se o dever violado que provoca o ilícito não for conteúdo dessa relação, o ilícito será absoluto.

O ilícito relativo, não necessariamente decorre da culpa contratual, já que é possível haver ilícitos resultantes da violação de deveres extracontratuais. Se a obrigação é positiva o ilícito se configura pela omissão, ou mesmo, por uma ação, quando o devedor não cumpriu a obrigação do modo como se obrigou; no caso de a obrigação ser negativa, o ilícito resta configurado quando o devedor pratica conduta que deveria se abster.

Em geral, do ilícito relativo surge a pretensão à indenização das perdas e danos. No entanto, pode ter outros efeitos, como, por exemplo, a pretensão à desconstituição da relação jurídica, à resolução, resilição, denúncia ou, ainda, se exigir o desfazimento de resultado fático do descumprimento de obrigação de não fazer.

A respeito do ato ilícito *stricto sensu* ou absoluto, Marcos Bernardes de Mello (2014, p. 288) ressalta:

O ilícito *stricto sensu* ou absoluto é gênero, as quais são espécies: (a) a capacidade de praticar ilícito penal (configurando-se crime ou contravenção penal) e (b) capacidade de praticar ilícito civil (que implica sanções de natureza civil como a indenizabilidade de danos).

Ressalta-se que a infração pode ser tanto a direito atinente à toda coletividade, resultando em delito penal, quanto a um indivíduo. Nas palavras de Washington de Barros Monteiro (2012, p. 348):

Efetivamente, a violação de um direito pode configurar ofensa à sociedade pela infração de preceito indispensável à sua existência, ou corresponder a um simples dano individual. No primeiro caso, existe delito penal, consistente na violação da lei penal e que induz responsabilidade penal; no segundo, existe delito civil, consistente na violação de um direito subjetivo privado e que induz responsabilidade civil. Pode suceder ainda que o fato atentatório da lei penal viole também um direito privado; nesse caso subsistirão concomitantemente as duas responsabilidades, a penal e a civil.

A diferença, portanto, entre ilícito penal e ilícito civil está na valoração a eles atribuída. De acordo com Marcos Bernardes de Mello (2014, p. 289), na obra *Teoria do fato jurídico: plano da existência*:

O ilícito penal e o ilícito civil, ontologicamente, não têm distinção, todavia, axiologicamente, diferem entre si, pois recebem tratamentos valorativos distintos. Por exemplo, enquanto o ilícito penal acarreta sanções que se caracterizam pela privação de direitos (à vida, à liberdade, aos bens ou a direitos), o ilícito civil tem eficácia que se refere à indenização dos danos, à caducidade de direitos ou à invalidade de atos, embora possam ser cumulativos, quando se materializam, na mesma espécie fática, mais de um tipo de ilicitude.

A propósito, é comum pensar que cabe ao direito penal a punição e ao direito civil a reparação. Todavia, impende lembrar que isso não é verdade. Em várias situações, o Código Civil emprega até mesmo a palavra pena. Portanto, não se deve menosprezar a função punitiva decorrente da prática de ato ilícito civil.

A esse respeito, no terceiro capítulo deste trabalho trataremos acerca da função punitiva do dano extrapatrimonial de natureza difusa causado por atos de improbidade administrativa.

1.3 INDEPENDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA, PENAL E CIVIL DOS AGENTES PÚBLICOS

No exercício de seu cargo, emprego ou função, o agente público pode cometer ilícitos que impliquem em infrações de três ordens distintas: administrativa, civil e criminal. Todas com as devidas consequências legais.

Antes de adentrarmos na responsabilidade civil dos agentes públicos necessária delinear sobre a independência das instâncias administrativa, civil e penal a eles aplicada.

O artigo 37, § 4º, da Carta Magna, trata da punição daqueles que praticam atos de improbidade administrativa.

Regulamentando esse dispositivo, foi editada a Lei 8.429/92, a qual dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos que no exercício de mandato, cargo, emprego ou função da Administração Pública direta, indireta ou fundacional, pratiquem atos de improbidade administrativa que importem

enriquecimento ilícito; que causem danos ao erário; e que atentem contra os princípios da Administração Pública (BRASIL, 1992).

Acerca das penalidades por atos de improbidade administrativa, o próprio artigo 37, § 4º, da CF/88 enfatiza que elas serão aplicadas, sem prejuízo da ação penal cabível (BRASIL, 1988). O artigo 12 da Lei 8.429/92, no mesmo sentido, dispõe que independentemente das sanções penais, civis e administrativas, o responsável pelo ato de improbidade administrativa fica sujeito às punições previstas nos seus incisos I, II e III (BRASIL, 1992).

Nesses termos, a punição por ato de improbidade administrativa decorre de responsabilidade distinta e independente das responsabilidades penal, civil e administrativa prevista na legislação específica.

Assim, como bem explica José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 1133):

é possível que o servidor público cometa ato ilícito ocasionando a instauração de processo administrativo disciplinar, sendo punido apenas no âmbito administrativo. Por exemplo, a desobediência do servidor vulnera somente preceito administrativo, mas não transgredir preceitos penal e civil.

No mesmo sentido, Fábio Medina Osório (2007, p. 229) assevera:

um ato ilícito pode, a um mesmo tempo, receber tipificação na Lei 8.429/92 e no Código Penal, devendo ser caracterizado antes como delito contra a Administração Pública e, nessa dimensão, produzir efeitos de caracterização da improbidade administrativa.

Uma vez caracterizado o ilícito penal, como regra, restará configurada a improbidade administrativa, todavia a recíproca não é verdadeira, em face da fragmentação do direito criminal e do próprio direito punitivo como um todo.

Nesse rumo de ideias, a administrativista Maria Sylvia Zanela Di Pietro (2014, p. 908-909) explica:

Nada impede a instauração de processos nas três instâncias, administrativa, civil e criminal. A primeira vai apurar o ilícito administrativo segundo as normas estabelecidas no Estatuto funcional; a segunda vai apurar a improbidade administrativa e aplicar as sanções previstas na Lei 8.429/92; e a terceira vai apurar o ilícito penal segundo as normas do Código de Processo Penal.

O fundamento da independência das sanções é de que a sanção administrativa é aplicada para salvaguardar os interesses exclusivamente funcionais da Administração Pública, enquanto a sanção criminal destina-se à proteção da coletividade.

A independência das instâncias, no entanto, não poderá ofender o princípio do “*non bis in idem*”. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 1133):

terá que respeitar o princípio do “*non bis in idem*”. Nessa hipótese, se em processo administrativo o servidor já sofreu a pena de demissão, a sanção de perda do cargo não poderá (e nem mesmo poderia) ser aplicada novamente na sentença de improbidade.

Excepcionalmente, porém, a sentença penal prevalecerá sobre as demais instâncias (civil e administrativa) quando reconhecer a inexistência do fato ou sua autoria. Nesse caso, é imperativo que a fundamentação do processo administrativo não divirja da do juiz criminal, afirmando que o fato não se deu em legítima defesa ou em estado de necessidade, pois tal fato é inquestionável.

Contudo, havendo absolvição na esfera penal, por falta de provas ou ausência de dolo, não exclui a culpa administrativa e civil do servidor público, que pode, assim, ser punido administrativamente e responsabilizado civilmente. Desse modo, consagra o artigo 935 do Código Civil de 2002:

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ indica:

O art. 12 da Lei 8.429/92 é expresso ao determinar que as penalidades impostas pela prática de ato de improbidade administrativa independem das demais sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica. Desta forma, o fato de o agravado ter sido condenado, pela Justiça Eleitoral, ao pagamento de multa, por infringência às disposições contidas na Lei 9.504/97, não impede sua condenação em qualquer das sanções previstas na Lei 8.429/92, não havendo falar em *bis in idem*².

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. *AREsp nº 606.352/SP*.

Detalhado esse assunto, o âmbito de investigação da presente monografia é circunscrito à responsabilidade civil do agente público ou de terceiro por ato de improbidade perante a Administração Pública. Para o objeto da pesquisa, portanto, não interessam, pelo menos diretamente, as sanções administrativas e penais da improbidade.

Todavia, far-se-á, ainda que *en passant*, abordagem teórica a respeito dessas responsabilidades, para, em seguida, tratarmos da responsabilidade civil por atos de improbidade de forma detalhada.

1.3.1 Responsabilidade administrativa

O servidor no exercício de suas funções ou no pretexto de exercê-las, por ação ou omissão, poderá ser responsabilizado administrativamente, nos moldes do artigo 124 da Lei 8.112/90.

Nessa seara, cabe à Administração Pública, no exercício do poder disciplinar, apurar as infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa. Assim, ela deverá instaurar procedimento adequado a esse fim, assegurando ao servidor o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), bem como a maior margem probatória, a fim de possibilitar mais eficientemente a apuração do ilícito.

Hely Lopes Meirelles (2010, p. 127) distingue bem o poder disciplinar da Administração com o poder punitivo do Estado, vejamos:

[...] não se deve confundir o *poder disciplinar* da Administração com o *poder punitivo* do Estado, realizado através da Justiça Penal. Aquele é exercido como faculdade punitiva interna da Administração e, por isso mesmo, só abrange as infrações relacionadas com o serviço; neste a punição criminal é aplicada com finalidade social, visando à repressão de crimes e contravenções definidas nas leis penais, e por esse motivo é realizada fora da Administração ativa, pelo Poder Judiciário.

Di Pietro (2014, p. 686) destaca a diferença entre a aplicação de sanções no âmbito administrativo e na esfera criminal:

Outra característica importante de distinção é que [...] no plano criminal as condutas são definidas com precisão, de modo que a lei cominará uma sanção específica para a conduta que a ela estiver

vinculada. Assim, por exemplo, o crime de lesões corporais simples enseja uma sanção específica: a de detenção de três meses a um ano (art. 129, CP). Na esfera administrativa o regime é diverso, prevalecendo os conceitos jurídicos indeterminados, limitando-se a lei, em regra, a falar em falta de cumprimento dos deveres, falta de exatidão de cumprimento do dever, insubordinação grave, procedimento irregular, incontinência pública; poucas são as infrações definidas, como o abandono de cargo ou os ilícitos que correspondem a crimes ou contravenções.

A presença desses conceitos jurídicos indeterminados possibilita a discricionariedade da Administração, ou seja, a lei admite certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto. Porém, isso não significa arbitrariedade, visto que a própria norma estabelece critérios a serem obrigatoriamente observados, tais como a natureza e a gravidade da infração e os danos que dela provierem para o serviço público (art. 128 da Lei 8.112/90).

Carvalho Filho (2015, p. 803) comenta que os princípios da Administração Pública servem de limitadores da atuação do poder disciplinar do Estado, vejamos:

O sistema punitivo na Administração deverá atender a princípios específicos para a regular aplicação das sanções. Um deles é o princípio da adequação punitiva (ou proporcionalidade), onde também é dada ao administrador certa margem de discricionariedade para compatibilizar a conduta e a sanção. Fora desse princípio a punição é arbitrária e ilegal, e passível de invalidação pela Administração ou pelo Judiciário. Outro é o princípio da motivação da penalidade, necessário para apontar os elementos que comprovam a observância, pelo administrador, da correlação entre a infração funcional e a punição imposta.

Percebe-se, portanto, que é possível a aplicação de duas penalidades distintas, criminal e administrativa, sem que ocorra *bis in idem*. Assim, pode-se deduzir que, em regra, a punição penal resulta em sanção disciplinar, mas a recíproca não é verdadeira. Ademais, qualquer sanção, seja ela disciplinar ou criminal, deve-se respeitar os princípios que regem a ordem jurídica, como devido processo legal, contraditório e ampla defesa e motivação, dentre outros.

1.3.2 Responsabilidade Penal

Considera-se servidor público, para fins penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública

(art. 327 do CP) (BRASIL, 1940). O Código Penal, entretanto, ainda traz o termo funcionário público, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

A maioria dos crimes contra a Administração Pública está definida no Título XI do Código Penal, são, basicamente, os dos artigos 312 a 326 – Crimes praticados por funcionário público contra a Administração Pública, bem como dos artigos 359-A a 359-H – Crimes contra as Finanças Públicas (BRASIL, 1940).

Além dos crimes funcionais comuns, os agentes políticos (Chefes do Executivo federal, estadual e municipal, Ministros de Estado e do STF, Procurador-Geral da República e Secretários de Estado) se submetem à Lei 1.079/50, lei dos crimes de responsabilidade. Os prefeitos, por outro lado, embora sejam agentes políticos, respondem com base no Decreto-Lei nº 201/67.

Diga-se, por oportuno, que a responsabilidade penal pode ser, ou não, pertinente à função administrativa. A título de exemplo, quando o agente está fora de sua função pública, a eventual prática de ilícito penal pode não causar nenhuma influência no âmbito administrativo.

Em termos processuais, os crimes funcionais previstos no Código Penal e em leis esparsas obedece ao rito estabelecido nos artigos 513 a 518 do Código de Processo Penal (CPP), ficando o réu, desde o indiciamento, sujeito ao sequestro de bens, a requerimento do Ministério Público, quando houver prejuízo para a Fazenda Pública (BRASIL, 1941). Já para os crimes de abuso de autoridade o processo é o previsto nos artigos 12 a 28 da Lei 4.898/65.

1.4 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Conforme comentado acima, os atos praticados pelo agente público são passíveis de acarretar responsabilidade administrativa, civil e penal, sendo cada uma dessas apresentadas perante o órgão competente. De acordo com Monike de Araújo Freitas (2012, p. 39) “nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA, estão presentes atos que podem corresponder a crimes definidos na legislação penal e infrações administrativas definidas nos Estatutos dos Servidores Públicos”.

Para enfatizar, ainda que seja única a conduta, o agente poderá sofrer uma sanção de natureza penal, aplicando-se o Código Penal; uma sanção de

natureza administrativa, sendo aplicados os Estatutos funcionais; e uma sanção civil que vai apurar a improbidade administrativa e aplicar as sanções previstas na Lei 8.429/92.

A improbidade, dentre outros efeitos, pode resultar em sanções civis do servidor ou de terceiros. Isto significa dizer que o patrimônio do agente responde pelo dano material e/ou moral que causar à Administração Pública.

Nesse sentido, o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 estabelece a responsabilidade dos agentes públicos (*lato sensu*) quanto aos atos ilícitos praticados (BRASIL, 1988). Senão vejamos:

§ 6º - as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Nesse dispositivo, destacam-se dois tipos de responsabilidades, a objetiva e a subjetiva. A responsabilidade objetiva é composta dos seguintes elementos: conduta, nexo causal e dano; acrescentada a esses, a culpa (*lato sensu*), nas hipóteses de ser subjetiva.

A responsabilidade objetiva há de ser aplicada, exclusivamente à instituição pública ou a entidades a ela vinculadas; a subjetiva é aplicável ao agente, quanto à obrigação de ressarcir o Poder Público pelo ato lesivo causado à sociedade.

Em artigo científico, Sergio Cavalieri Filho (2011, p. 11) comenta acerca dos elementos de caracterização da responsabilidade objetiva, trazendo a lúmen a teoria atualmente aplicável à Administração Pública:

Na responsabilidade objetiva, basta a existência do nexo de causalidade entre o ato e a lesão, para que o Poder Público possa ser responsabilizado, independente de culpa ou dolo. Neste ponto, a Constituição Federal adotou a teoria do risco administrativo, ou seja, o Estado se responsabiliza pela atividade por ele desenvolvida, desconsiderando qualquer indagação da culpa do funcionário causador do dano, ou mesmo, sobre a falta de serviço ou culpa anônima da administração.

Por outro lado, quando o agente público pratica a conduta culposa ou dolosa, é ele quem, em última análise, pode ser responsabilizado ao final, mediante o exercício, pelo Estado, do direito de regresso. Trata-se, portanto, da responsabilidade subjetiva.

O ato ilícito decorre da conduta do agente contrária à ordem jurídica, a qual na responsabilidade subjetiva resulta de culpa em sentido amplo, que abrange a culpa em sentido estrito (todas as formas de negligência) e o dolo, que é a culpa gravíssima, intencionalmente dirigida à consecução do fim ilícito.

O nexo causal, por seu turno, é a ligação estabelecida entre o fato danoso e o dano. É possível, no entanto, que essa relação seja rompida ou atenuada, quando presentes as excludentes do nexo de causalidade, como, por exemplo, a culpa exclusiva ou concorrente, da vítima; o fato de terceiro; o caso fortuito ou de força maior; legítima defesa e exercício regular de um direito etc.

Dessa forma, a responsabilidade do servidor público é subjetiva, respondendo por danos causados ao Estado, no âmbito de ação regressiva oriunda de ação em que terceiro responsabilizou o Estado e em nome do qual o servidor público agiu como agente.

Nota-se, portanto, que o artigo 37, § 6º, da CF/88 prevê uma dupla garantia ao servidor público. A primeira concerne à hipótese de o administrado que sofreu danos, patrimoniais ou extrapatrimoniais, somente poder ajuizar ação contra o Estado (responsabilidade objetiva); a segunda, diz com a possibilidade de o servidor não ser demandado diretamente por seus atos, respondendo, somente em ação de regresso perante a Administração Pública (responsabilidade subjetiva).

Vejamos quais condutas ou atos a ordem jurídica brasileira considera ímprobos, nos termos da Lei 8.429/92, não sem antes verificarmos quais são os sujeitos que praticam a ação ilícita.

1.4.1 Sujeitos da improbidade administrativa

1.4.1.1 Sujeito ativo

A lei de improbidade administrativa considera como sujeitos ativos o agente público (art. 1º) e o terceiro que, mesmo não sendo agente público, induza ou

concorra para a prática do ato de improbidade, ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta (art. 3º) (BRASIL, 1992).

Com efeito, Pazzaglini Filho, Rosa e Waldo Fazzio Júnior (1999, p. 47) distinguem os atos de improbidade administrativa praticado por agente público daqueles cometidos por terceiros, senão vejamos:

constitui ato de improbidade administrativa próprio o praticado pelo agente público. O terceiro que com ele concorre materialmente ou por indução, ou, ainda, que se beneficia pratica o ato de improbidade administrativa impróprio ou por equiparação.

O artigo 2º da LIA (BRASIL, 1992) delimita quem venha a ser agente público, nos seguintes termos:

agente público é toda pessoa que exerce, permanente ou transitoriamente, com ou sem remuneração, em virtude de qualquer forma de investidura ou vínculo, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer das esferas governamentais, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de ente privado para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra, ou, ainda ente subvencionado, beneficiado ou incentivado por órgão público.

Diante disso, Di Pietro (2014, p. 911) assevera que o conceito de agente público deve ser compreendido de forma ampla, abrangendo, inclusive os agentes políticos:

necessário compreender que a lei de improbidade não está unicamente direcionada para reprimir as condutas dos servidores públicos, mas sim, ela possui caráter bem mais amplo, alcançando todas as espécies de agentes públicos, incluindo os agentes políticos (parlamentares de todos os níveis, Chefes do Poder Executivo federal, estadual e municipal, Ministros e Secretários dos Estados e dos Municípios), os servidores públicos (pessoas com vínculo empregatício, estatutário ou contratual, com o Estado), os militares (que também têm vínculo estatutário, embora referidos na Constituição fora da seção referente aos servidores públicos), os particulares em colaboração com o Poder Público (que atuam sem o vínculo em emprego, mediante delegação, requisição ou espontaneamente).

Também são alcançados pela lei os membros da Magistratura, do Ministério Público e do Tribunal de Contas, mesmo sendo eles considerados por alguns, servidores públicos e por outros, agentes políticos. O fato de gozarem de vitaliciedade não obsta a incidência das sanções previstas na lei, excluindo-se da

abrangência da Lei de Improbidade Administrativa apenas os agentes políticos do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas que são mencionados expressamente pela Lei Federal nº 1.079/50 em seus artigos 39, 39-A, 40 e 40-A, conforme veremos a seguir.

Quanto aos agentes políticos³, necessário a consideração de algumas particularidades, como afirma Jônathan Luiz Brigo (2014, p.28):

Inicialmente, o conceito de agente político compreende os agentes que compõem o Governo no seu mais alto escalão, com cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeações, designação, eleição ou delegação para exercer determinada função. Estes agentes possuem liberdade funcional no desempenho de suas atribuições, ou em outras palavras, os agentes políticos possuem independência funcional, desempenham suas atribuições sem estar subordinados hierarquicamente a ninguém, bem como possuem prerrogativas e responsabilidades disciplinadas pela Constituição Federal ou leis especiais.

Por serem agentes públicos regidos por normas especiais, o Supremo Tribunal Federal (STF), na Reclamação nº 2.138/DF, entendeu que quando os atos de improbidade administrativa cometidos por agentes políticos são também tipificados como crime de responsabilidade nos moldes da Lei 1.079/50 não é possível a aplicação dos dois regimes de responsabilização político-administrativa (BRASIL, 2002).

Segundo a Corte Suprema, o sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. Não se admitindo, portanto, a concorrência entre os dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos, caso contrário, ocorreria *bis in idem*.

³ “Os Chefes do Poder Executivo federal, estadual, municipal e distrital, os respectivos vices, os auxiliares imediatos — Ministros e Secretários —, os Deputados federais e estaduais, os Senadores e os Vereadores integrariam a categoria dos chamados agentes políticos, que não se confundiria com a dos servidores públicos em geral. Nesse sentido, os agentes políticos manteriam vínculo de natureza política com o Estado, pois o que os capacitaria ao exercício da função não seria a habilitação profissional nem a aptidão técnica, mas a qualidade de cidadãos eleitos pelo povo. Seriam responsáveis pela formação da vontade superior do Estado. Os servidores públicos, diversamente, possuiriam vínculo de natureza profissional e não eventual com o Estado ou com pessoas jurídicas de direito público integrantes da Administração Pública indireta” (STF, RE 650898/RS, rel. Min. Marco Aurélio, 4.2.2016.) Publicado no Informativo STF nº 813).

Nesse sentido, na hipótese de uma mesma conduta ser tipificada, simultaneamente, como improbidade administrativa e crime de responsabilidade, os agentes políticos não responderão pela improbidade com base na Lei 8.429/92, mas apenas por crime de responsabilidade em ação que somente pode ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal.

Di Pietro (2014, p. 914) explica bem a situação da não aplicabilidade da LIA aos agentes políticos, pois, em um primeiro momento pode parecer contraditório com o que foi anteriormente comentado:

Não significa que a tais autoridades não se aplique a lei de improbidade administrativa. Ela aplica-se de forma limitada, porque não pode resultar em aplicação da pena de perda do cargo. Tal pressuposto resulta do art. 52, parágrafo único, da CF/88, o qual limita a competência do Senado à aplicação da pena de perda do cargo com inabilitação, por oito anos, para o exercício da função pública, “sem prejuízo das demais sanções cabíveis”. Vale dizer: sem prejuízo de sanções outras, como as que decorrem da prática de crime comum ou de ilícitos civis, como ocorre com a improbidade administrativa.

Tratando-se somente de ato ilícito que resulte em improbidade administrativa, o juízo de primeiro grau é competente para processar e julgar ação civil de improbidade ajuizada em face de agentes políticos, observando-se o rito da Lei 8.429/92. Respeitadas, além disso, as exigências constitucionais para efeito de perda do cargo e privação do mandato.

É importante salientar que dada a variedade de agentes públicos e de seus regimes jurídicos, a Lei de Improbidade não lhes é integralmente aplicada no que se refere a algumas das sanções previstas no artigo 12, devendo assim, serem interpretadas compatibilizando a sua natureza com o *status* funcional do agente.

1.4.1.2 Sujeito passivo

A Lei de Improbidade Administrativa, em seu artigo 1º, indica as entidades que podem ser alcançadas por atos de improbidade, ou seja, aquelas que são vítimas do ato.

Maria Sylvia Zanela Di Pietro (2014, p. 910) realiza uma comparação entre os sujeitos passivos da Lei 4.717/65 e os da Lei 8.429/92, aduzindo o objeto de cada uma:

Na realidade, as entidades protegidas são praticamente as mesmas abrangidas pela Lei 4.717/65, que disciplina a ação popular, conforme definição de seu artigo 1º. Sendo que, nessa, o objeto é a anulação do ato lesivo e o ressarcimento dos danos causados ao erário, enquanto que na Lei de Improbidade o objeto é, de um lado, a aplicação das medidas sancionatórias e de outro, o ressarcimento ao erário.

A norma do parágrafo único da LIA inclui outras entidades que não compõem a Administração Pública e nem podem ser incluídas como entidades públicas de qualquer natureza. Essas entidades são privadas e o Estado exerce função de fomento, contribuindo com incentivos, subvenções, incentivos fiscais ou creditícios, ou mesmo contribuição para a criação ou custeio. Incluem-se nessa modalidade as pessoas de cooperação governamental, entidades do tipo de serviços sociais autônomos, como por exemplo Sesi, Senai, Sesc e outras; as organizações sociais; as organizações da sociedade civil de interesse público e qualquer outro tipo de entidade criada ou mantida com transferência de recursos públicos. Aquilo que ultrapassar a contribuição dos cofres públicos, a entidade terá que pleitear por outra via que não a tratada na Lei de Improbidade Administrativa.

Sendo assim, os sujeitos passivos seriam as entidades públicas interessadas, ou seja, as que sofrem a improbidade. Porém, deve ser observada a pertinência subjetiva, que se trata da existência de relação do ato praticado com a entidade, a qual, aliás, pode interpor ela própria a ação de improbidade contra o agente público ou terceiro (art. 17, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa).

1.4.1.3 Terceiros

O artigo 3º da LIA amplia o rol dos sujeitos ativos que estão sujeitos à responsabilização e às sanções cabíveis, englobando no que couber, “aquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma, direta ou indireta” (BRASIL, 1992).

Nesse sentido, jamais um terceiro será alcançado pela Lei 8.429/92 se não estiver em conluio com o agente público. A esse respeito afirma Carvalho Filho (2015, p. 1121):

o terceiro somente é alcançado pela Lei de Improbidade se estiver de algum modo vinculado ao agente; sem vinculação com este, sujeitar-se-á as sanções previstas na respectiva lei de incidência. Significa dizer, por via de consequência, que o terceiro jamais poderá figurar sozinho no polo passivo da ação de improbidade, sendo exigível necessariamente a presença de um agente público na relação processual.

Observando-se o dispositivo supracitado, percebem-se três elementos típicos da conduta do terceiro: induzir, concorrer e desfrutar. O sentido de induzir é o de plantar, incutir em outro a ideia do ilícito (que antes não existia); concorrer significa participar do ilícito, prestando auxílio material ao agente; já desfrutar é beneficiar-se dos bens desviados.

Ademais, há que se notar que o terceiro somente responde por dolo, pois é difícil imaginar o indivíduo obtendo vantagem indevida em virtude de uma conduta culposa. Nesse sentido, Carvalho Filho (2015, p. 1121):

o terceiro quando beneficiário direto ou indireto do ato de improbidade, só pode ser responsabilizado por ação dolosa, ou seja, quando tiver ciência da origem ilícita da vantagem. Comportamento culposos não se compatibiliza com a percepção de vantagem indevida; muito menos a conduta sem culpa alguma.

Impende acrescentar que o terceiro jamais poderá ser pessoa jurídica, apesar de ela poder receber o produto do ilícito. Nessa hipótese, o seu dirigente ou responsável será o terceiro⁴ que integrará o polo passivo da ação de improbidade, juntamente com o agente público. Essa conduta pressupõe dolo, elemento subjetivo incompatível com a responsabilização de pessoa jurídica.

Passemos, então, às espécies de improbidade.

1.4.2 Atos de improbidade administrativa

A Lei 8.429/92, diploma regulador da improbidade administrativa, agrupou em três categorias distintas os atos de improbidade, que estão descritas

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp nº 1.352.035/RS*.

nas três seções que compõem o Capítulo II da referida lei, levando em consideração os valores jurídicos que dizem respeito à conduta e suscetíveis de tutela, são eles: (i) atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); (ii) atos de improbidade que causam prejuízos ao erário (art. 10); (iii) atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11) (BRASIL, 1992).

Apesar de esta lei elencar três espécies de atos de improbidade, há que se destacar que se trata de tipificação aberta e rol exemplificativo. No *caput* dos dispositivos isso se justifica pela presença de conceitos jurídicos indeterminados, apresentando-se como instrumento adequado ao enquadramento do infindável número de ilícitos passíveis de serem praticados.

Nessa mesma linha de entendimento, confira-se Carvalho Filho (2015, p. 1122-1123):

O legislador optou por descrever no *caput* dos artigos. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92 as condutas genéricas configuradoras da improbidade e nos incisos, as condutas específicas, que constituem relação meramente exemplificativa (*numerus apertus*), de onde se infere que inúmeras outras condutas fora da relação podem inserir-se na cabeça do dispositivo.

Dessa maneira, para que se configure a conduta ímproba, é necessária a presença dos pressupostos elencados no *caput* de cada um dos dispositivos já mencionados.

Tratemos em seguida de cada espécie de improbidade administrativa elencada na Lei 8.429/92.

1.4.2.1 Enriquecimento ilícito (art. 9º)

Inicialmente, impende destacar a distinção entre enriquecimento sem causa e enriquecimento ilícito. Para que o primeiro ocorra, indispensável a presença dos seguintes elementos: (a) atribuição patrimonial válida; (b) enriquecimento de uma das partes; (c) empobrecimento da outra; (d) correlação entre enriquecimento e empobrecimento; (e) ausência de causa jurídica. Noutra banda, no enriquecimento ilícito não há que se falar na presença do primeiro elemento, pois o enriquecimento, aqui, pressupõe ato ilícito o qual deve ser invalidado.

Emerson Garcia (2013, p. 353-354) leciona a esse respeito o seguinte:

O enriquecimento sem causa pode advir tanto de um ato que apresente adequação ao princípio da legalidade, como de um ato ilícito. Assim, o princípio do não locupletamento indevido reside na regra de equidade que veda a uma pessoa enriquecer à custa do dano, do trabalho ou da simples atividade de outrem, sem o concurso da vontade deste ou o amparo do direito – e tal ocorrerá ainda que não haja transferência patrimonial.

Conforme o artigo 9º da Lei 8.429/92, o enriquecimento ilícito ocorre quando o agente público no desempenho de suas atribuições auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida, aumentando o seu patrimônio ou o de terceiro que tenha concorrido para isso. “Consagra-se, deste modo, o aumento patrimonial injustificado, em que há desproporção entre as rendas e rendimentos auferidos pelo agente público e sua respectiva capacidade de adquirir bens” (MATTOS NETO, 1997, p. 163).

O pressuposto central para a configuração do enriquecimento ilícito é o recebimento da vantagem patrimonial indevida, quando do exercício da função pública, independentemente da ocorrência de dano ao erário. Ocorre, por exemplo, no caso de um servidor receber propina de terceiro para conferir-lhe algum benefício.

Quanto ao termo vantagem patrimonial, Marcelo Figueiredo (2004, p. 87-88) explica que não se trata somente de aspectos econômicos. Nas palavras dele:

A expressão *vantagem patrimonial*, outrossim, não significa apenas seu caráter econômico, mas se refere inclusive a aspectos da moralidade administrativa, no seu sentido ético ao se analisar a licitude da conduta. Nesse sentido, não se trata apenas e tão somente de receber, direta ou indiretamente, dinheiro, recursos, comissões, propinas. A conduta e a previsão legal não se prendem exclusivamente ao “econômico”, por exemplo, o favoritismo, a intenção concreta de privilegiar “x”, “y” ou “z”, para obter mais adiante “vantagens indevidas”, todas são condutas albergadas na lei.

“Há que se perceber que o elemento subjetivo da conduta encontra-se no dolo, uma vez que a culpa não comporta cabimento no tipo, porquanto é imprevisível que alguém receba uma vantagem indevida por imprudência,

negligência ou imperícia” (FREITAS, 2012, p. 15-16). É que todas as hipóteses de atuação suscetíveis de gerar enriquecimento ilícito pressupõem a consciência de antijuridicidade do resultado pretendido.

Ensinam Pazzaglini Filho, Rosa e Waldo Fazzio Júnior (1999, p. 63) a relação entre o enriquecimento ilícito e os delitos de concussão, corrupção passiva e peculato, vejamos:

[...] todas as espécies apresentadas no artigo 9º permitem, conjuntamente com a verificação da responsabilidade civil do agente público e do terceiro beneficiado, a repressão penal. Assim é porque também cometerá crime contra a Administração Pública o agente que se enriquecer ilicitamente, sendo comuns os casos de concurso do ato de improbidade com os delitos de concussão (art. 316, CP), corrupção passiva (art. 317, CP) e peculato (art. 312, CP).

Os autores supramencionados (1999, p. 63-64) também elencam os requisitos para configuração do enriquecimento ilícito:

Para que a conduta do agente público seja caracterizada como ato ímprobo que importe enriquecimento ilícito, é necessário, no mínimo, à presença dos seguintes requisitos: a) vantagem patrimonial auferida por agente público, acarretando ou não danos ao erário; b) vantagem patrimonial resultante de causa ilícita; c) ciência do agente público da ilicitude da vantagem patrimonial alcançada; d) nexo etiológico entre o exercício funcional do agente público em qualquer entidade elencada no artigo 1º e a indevida vantagem patrimonial por ele obtida.

Os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito normalmente têm como consequência jurídica também o prejuízo ao erário público.

Nessa linha, ensina Marcelo Figueiredo (2004, p. 101):

De fato, se o agente público se enriquece ilicitamente à custa do patrimônio público (amplamente considerado), há, logicamente, uma perda, um prejuízo, uma parcela de lá retirada que deverá ser recomposta, sem embargos das demais cominações legais.

Sem a pretensão de termos o assunto do enriquecimento ilícito esgotado, tratemos da próxima espécie de improbidade administrativa.

1.4.2.2 Dano ao erário (art. 10)

Os atos de improbidade que causam prejuízos ao erário estão representados em qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no artigo 1º da Lei de Improbidade (BRASIL, 1992). Essa modalidade está caracterizada pela perda patrimonial da Fazenda Pública, seja resultante de desvio, apropriação, malbaratamento, dilapidação, entre outros.

Há de se fazer uma distinção entre erário e patrimônio públicos. Aquele compreende os recursos financeiros provenientes dos cofres públicos da Administração Pública direta e indireta, bem como aqueles destinados pelo Estado às demais entidades mencionadas no artigo 1º da Lei 8.429/92. Trata de teor mais restrito, o qual, obviamente, é alcançado pelo conceito mais amplo de “patrimônio público”. Diferentemente, patrimônio público compreende não apenas os bens e interesses econômicos, mas também aqueles com conteúdo não econômico, dentre esses os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico ou turístico.

Com efeito, o objeto da tutela visa à preservação do patrimônio público, protegendo não somente o erário em si, como demais bens e valores jurídicos relevantes de que consiste o patrimônio público, sendo a proteção destes o intuito da lei.

Assim, para que se configure o dano ao erário é necessária a efetiva lesão aos cofres públicos e não ao patrimônio público. Sua ausência, no entanto, não obsta a tipificação da improbidade por enriquecimento ilícito (art. 9º) ou por violação aos princípios da Administração (art. 11), desde que preenchidos os respectivos pressupostos legais.

Nesse tipo de improbidade se admitem as condutas comissivas ou omissivas, dolosas ou culposas, conforme dispõe o próprio artigo, tese reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça⁵. “Aliás, na forma culposa, há violação do dever de

⁵ “Ementa: (...) III. Em se tratando de improbidade administrativa, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10” (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 28/09/2011). Em igual sentido: STJ, REsp 1.420.979/CE, Rel. Ministro HERMAN

cautela por parte do agente público e do terceiro, o que justifica em princípio a aplicação de sanções” (NEVES; OLIVEIRA, 2014, p. 86).

Após essa pequena explanação, partamos para a modalidade que gera mais polêmica em termos doutrinários e jurisprudenciais no que concerne à sua configuração.

1.4.2.3 Violação aos princípios da administração pública (art. 11)

O artigo 11 da lei em apreço estatui que constitui improbidade atentatória contra os princípios da Administração Pública a conduta, omissiva ou comissiva, que contraria os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade ao interesse público (BRASIL, 1992).

De acordo com Carvalho Filho (2015, p. 1126-1127), nesse artigo, há que se fazer uma interpretação extensiva, pois a lei disse menos do que queria dizer. Nas palavras dele:

[...] o legislador disse menos do que queria. O intuito da lei é o da preservação dos princípios gerais da administração pública, como consta do título da seção III. A honestidade e a lealdade às instituições são associadas à moralidade e à probidade; a imparcialidade tem elo com a impessoalidade; e a legalidade já preexiste por si própria. Não houve na conduta genérica a referência à publicidade, mas a conduta específica prevista no inciso IV (“negar publicidade aos atos oficiais”) a contempla.

Nota-se, portanto, que a improbidade cometida com base nesse dispositivo, pode não provocar lesão patrimonial às pessoas mencionadas no artigo 1º nem permitir o enriquecimento indevido de agentes e terceiros. É o caso de revelação de fato ou circunstância cuja ciência foi obtida em razão das atribuições do cargo e que deva permanecer em segredo (art. 11, III), a negativa de publicidade de atos oficiais (art. 11, IV) e a revelação, ou permissão de sua ciência por terceiro, do teor de medida política ou econômica capaz de afetar preço de mercadoria, bem ou serviço, antes da respectiva divulgação oficial (art. 11, VII) (BRASIL, 1992).

BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/10/2014; STJ, REsp 1.273.583/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/09/2014; STJ, AgRg no AREsp 456.655/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/03/2014. IV. Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 259.055/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 09/03/2016).

Apesar de na lei não haver, nessa espécie, referência à culpa, entende-se que o elemento subjetivo do tipo seja exclusivamente o dolo. No entanto, conduta culposa, como o atraso do servidor na prestação de contas sem o respectivo dolo ou a não-exigência dos requisitos legais para dar acessibilidade aos cargos públicos, poderão configurar sanção funcional (conforme expressamente previsto no art. 11, inciso VI e IX, da LIA) .

Pode haver, além disso, condutas comissivas e omissivas. Carvalho Filho (2015, p. 1127) exemplifica as duas situações:

[...] Como exemplo das primeiras, cite-se a revelação pelo agente de fato de que tenha ciência em virtude de sua competência administrativa (art. 11, III); já omissiva é a conduta em que o agente deixa de praticar, indevidamente, ato de ofício (art. 11, II).

Com relação a quem pode ser sujeito ativo da improbidade por violação aos princípios da Administração Pública, a regra é de que somente o agente público o seja. O terceiro, todavia, poderá ser na hipótese de, em conluio com o agente público, induzir, concorrer ou locupletar-se do ato ilícito praticado por ambos. Para exemplificar, “é concebível que terceiro, representante de empresa, induza o agente a frustrar a licitude de concurso público (art. 11, inciso V); se o fizer, será autor de ato de improbidade” (art. 3º) (CARVALHO FILHO, 2015, p. 1127).

É conveniente que no próximo subtópico tratemos de maneira breve acerca das sanções elencadas na Lei de Improbidade Administrativa.

1.4.3 Sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92

O artigo 37, § 4º, da Constituição Federal estabelece que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (BRASIL, 1988).

Di Pietro (2014, p. 920) leciona, no entanto que:

[...] nem todas as medidas cabíveis se caracterizam como sanções, como por exemplo, a indisponibilidade de bens, a qual tem nítido caráter preventivo, já que tem por objetivo acautelar os interesses do erário durante a apuração dos fatos, evitando a dilapidação, a transferência ou ocultação dos bens, que tornariam impossível o ressarcimento do dano.

Conforme já foi exposto, a Lei 8.429/92 regulamentou esse artigo da Constituição, estabelecendo no artigo 12 as sanções por improbidade administrativa. Cada inciso contém relação própria para uma determinada espécie de improbidade, sendo o inciso I relacionado com o enriquecimento ilícito; o inciso II com o dano ao erário; e o inciso III se aplica ao caso de vulneração a princípios administrativos.

As modalidades são praticamente as mesmas para cada um dos tipos de improbidade, variando, porém, algumas em função de tempo e de valores. São elas: (a) perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; (b) ressarcimento integral do dano; (c) perda da função pública; (d) suspensão dos direitos políticos; (e) pagamento de multa civil; (f) proibição de contratar com o Poder Público; (g) proibição de receber benefícios fiscais ou creditícios.

Existe, portanto, uma escala de gravidade entre as sanções aplicáveis em cada modalidade de improbidade. Partindo desse pressuposto, o legislador considerou o enriquecimento ilícito como conduta de maior gravidade do que a lesão ao erário, e esta mais grave do que a ofensa a princípios.

A esse respeito, Carvalho Filho (2015, p.1130) faz uma crítica, conforme se verifica no trecho abaixo:

[...] embora seja condenável o enriquecimento ilícito, mais grave é a lesão ao erário; afinal, aquele pode favorecer apenas o interesse privado, ao passo que esta sempre afetará o interesse público, tendo em vista as pessoas que figuram como sujeitos passivos da improbidade.

O parágrafo único do artigo 12 da LIA ao estabelecer que na fixação das penas previstas, o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente, faz referência indireta ao princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, caberá ao magistrado impor ao infrator uma consequência jurídica capaz de puni-lo, amparado nos limites existentes entre os meios e os fins, ou seja, entre a conduta e o dano causado.

A esse respeito, trataremos nos capítulos seguintes, aprofundando-nos nos critérios e requisitos utilizados para se impor sanção de caráter punitivo.

2 DANO MORAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme expandido no capítulo anterior, a responsabilidade civil para se configurar exige os elementos constitutivos, sendo o dano requisito indispensável. Portanto, não há o que se reparar na ausência de prejuízo.

Cavaliere Filho (2014, p. 93) em seu *Programa de Responsabilidade Civil*, define dano:

O dano ou prejuízo constitui a lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc.

Dessa forma, relevantes são as características dos bens jurídicos tutelados, pois a partir delas é possível se distinguir se o dano é material ou moral.

Sergio Cavaliere Filho (2014, p. 106-107) faz uma leitura profunda acerca do dano moral, interpretando-o à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, valor que norteia a nossa Constituição Federal:

O dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade, que a Constituição inseriu, em seu artigo 5º, incisos V e X, a plena reparação do dano moral. Este é, pois, o novo enfoque constitucional pelo qual deve ser examinado o dano moral: “Qualquer agressão à dignidade pessoal lesiona a honra, constitui dano moral e é por isso indenizável”. Valores como a liberdade, a inteligência, o trabalho, a honestidade, aceitos pelo homem comum, formam a realidade axiológica a que todos estamos sujeitos.

Nesse sentido, prossegue ele (2014, p. 106):

O direito à honra, à imagem, ao nome, à intimidade, à privacidade ou a qualquer outro direito da personalidade - todos estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana.

Portanto, “o dano moral, trata do conjunto de valores reconhecidos como integrantes das veias afetivas (ou sentimental), intelectual (de percepção e de entendimento) e valorativa (individual e social) da personalidade” (BITTAR FILHO, 1988, p. 47).

O instituto do dano moral passou, no Brasil, por vários momentos até sua plena aceitabilidade, tendo sido elaboradas três teorias acerca da aplicabilidade da reparação por dano dessa natureza.

“Numa primeira fase negava-se ressarcibilidade ao dano moral, sob fundamento de ser ele inestimável. Chegava-se, mesmo, ao extremo de considerar imoral estabelecer um preço para a dor” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 109). Acreditava-se ser impossível mensurar a dor humana ou mitigá-la pecuniariamente.

Posteriormente, surgiu a segunda teoria, denominada eclética (ou mista), que admitia a possibilidade de indenização a título de dano moral, quando da lesão imaterial restasse comprovada repercussão negativa na esfera patrimonial do ofendido. “O argumento, agora, era o de que o dano material absorve o moral, afastando, nesse caso, a sua reparação” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 1109).

Superadas essas teorias, o ordenamento jurídico pátrio acolheu a teoria positivista. Essa pacificou o entendimento da indenizabilidade por dano moral, independente da repercussão patrimonial. Inclusive, a possibilidade de indenização por dano moral foi considerada garantia, estando elencada no artigo 5º, incisos V e X, da CF/88. Por ser garantia individual é, também, cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, § 4º, do texto constitucional.

Nesse sentido, prescreve Júlio César Silva de Mendonça Franco (2008), em sua dissertação de mestrado:

[...] não mais subsiste qualquer tipo de dúvida em torno da obrigatoriedade de se indenizar o dano moral, ou seja, aquele havido no campo da subjetividade do indivíduo, envolvendo os elementos íntimos da personalidade e da própria valoração da pessoa em seu meio. E tal prevalece especialmente na hipótese do chamado dano moral puro, consistente naquele despido de todo e qualquer reflexo de ordem patrimonial.

Nessa linha de princípio, Cavalieri Filho (2014, p. 111) aduz que:

[...] só deve ser reputado dano moral, a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e

duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.

No âmbito público, o aspecto da admissibilidade do dano moral é ainda mais complicado, principalmente no que diz ao dano moral coletivo, no entanto, é certo que o exercício das funções dos agentes públicos pode lesionar interesses patrimoniais e/ou imateriais tanto do Estado quanto dos administrados.

Além disso, tomando-se como referência a parte vítima da lesão, essas violações, conforme consignado, podem ser da ordem individual ou coletiva.

Na obra intitulada *Dano Moral Coletivo*, Xisto Tiago de Medeiros Neto (2014, p. 37) define o que vem a ser dano individual e dano coletivo, nesses termos:

Caracteriza-se o dano como individual quando se identificam precisamente uma ou mais pessoas lesadas (físicas ou jurídicas), e coletivo, na hipótese em que a lesão alcança um universo de pessoas refletido por uma coletividade (em maior ou menor extensão, envolvendo grupos, classes ou categorias), a qual, em face do ordenamento, goza da prerrogativa de titularizar interesses jurídicos.

Acerca da reparabilidade dos danos, prossegue o referido autor (2014, p. 38):

a lesão injusta a um interesse jurídico (patrimonial ou moral) de que é titular uma pessoa (física ou jurídica) ou uma coletividade; a certeza da lesão, relativamente à sua realidade ou previsibilidade; a relação de causa e efeito entre a conduta antijurídica e o dano ocorrido; e a ausência de causas excludentes da responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima, a culpa de terceiro, a força maior, o caso fortuito, a legítima defesa, o exercício regular de um direito reconhecido e o estado de necessidade (arts. 393, parágrafo único, e 188 do Código Civil de 2002).

Nas linhas subsequentes serão tratadas as matérias acerca do dano moral, abordando-se seu aspecto coletivo, o quantum indenizatório, bem como as funções da respectiva indenização.

2.1 DIFERENÇAS ENTRE DANO PATRIMONIAL E MORAL

Conforme exposto anteriormente, o dano se configura com a lesão a bens jurídicos tutelados, sejam de natureza patrimonial ou moral.

“O dano patrimonial, como o próprio nome diz, também chamado de dano material, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 93-94).

Por outro lado, existem circunstâncias, conforme dito no início desse capítulo, que lesionam a personalidade do indivíduo, sua intimidade, vida privada, honra, imagem, tanto quanto seu bem-estar íntimo, seus valores, enfim, uma gama de bens que constituem a causa de perturbações de natureza espiritual.

A diferença entre o dano patrimonial e o imaterial reside, substancialmente, na forma como ocorre a reparação. A esse respeito aduz Clayton Reis (2010, p. 7):

Enquanto no caso dos danos materiais a reparação tem como finalidade repor os bens lesionados ao seu *status quo ante*, ou possibilitar à vítima a aquisição de outro bem semelhante ao destruído, o mesmo não ocorre, no entanto, com relação aos danos extrapatrimoniais. Neste é impossível repor as coisas ao seu estado original. A reparação, em tais casos, reside no pagamento de uma soma pecuniária, fixada em face do *arbitrium boni iuris* do magistrado, de forma a possibilitar à vítima uma compensação em decorrência da dor íntima vivenciada.

No mesmo sentido, os dizeres de Cássia Cristina Moretto (2016, p. 5) em trabalho monográfico:

Logo, tem-se que a obrigação de se indenizar os danos patrimoniais volta-se em grande medida à reparação pela restauração do *status quo ante*, mas, tornando-se impossível a restauração total do bem ao estado em que se encontrava anteriormente à ocorrência danosa, a indenização econômica apresenta-se como uma alternativa eficaz, sendo, inclusive, em algumas situações fáticas, o único meio hábil ao ressarcimento do lesionado.

Dessa forma, enquanto a indenização pelo dano material repõe o patrimônio lesado do ofendido, os danos morais sofridos são compensados, visto ser impossível retornar ao estado anterior à lesão.

Observe-se, ademais, que o dano material pode atingir o patrimônio presente da vítima, bem como o futuro; pode não somente provocar a sua redução, mas obstaculizar seu crescimento. Nesse sentido, o dano patrimonial se subdivide em dano emergente (o que efetivamente se perdeu) e lucro cessante (o que se deixou de ganhar em virtude do evento danoso).

No entanto, nos limites desse estudo não se afigura possível o estudo acurado de tais espécies. Portanto, se resume, neste momento, ao estudo dos danos morais, sobretudo aos danos morais coletivos.

“Por expressa determinação legal, a coletividade – globalmente considerada ou em qualquer de seus segmentos (grupos, categorias ou classes) – passou à condição de titular de direitos ou interesses jurídicos” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 131).

Tais interesses nem são públicos e nem privados, já que transcendem aos indivíduos isoladamente considerados. São, desse modo, inerentes a toda comunidade, referindo-se a valores da sociedade como um todo, os quais não se confundem com os de cada pessoa individualmente considerada.

Marco Antônio Marcondes Pereira (2003), promotor de justiça do Estado de São Paulo, assevera:

Com efeito, da mesma forma como é detectável um patrimônio mínimo da pessoa humana, pode-se afirmar ser detectável um patrimônio mínimo a ser protegido para toda a coletividade. Esse patrimônio é representado pelo acervo de interesses difusos e coletivos, em especial os bens ambientais, culturais, artísticos, paisagísticos e urbanísticos, que não pertencem a uma só pessoa, mas a toda comunidade diretamente afetada, que se faz representar pelas figuras legitimadas à ação civil pública, ou ação civil coletiva.

E a existência de um patrimônio mínimo coletivo, não suscetível de disposição negocial ou renúncia, desemboca na aceitação de que há direitos coletivos fora da esfera econômica que, embora não se possam designar direitos da personalidade, merecem ser tratados como tal, a ponto de serem reparados moralmente.

Esse reconhecimento pelo ordenamento jurídico pátrio do dano moral coletivo, tal como ocorreu com o dano moral individual, não foi imediato. A doutrina e a jurisprudência tinham um conceito equivocado de dano moral coletivo, fundamentado na ideia de que dano moral era dor, vexame, sofrimento que só a

pessoa natural poderia sofrer. Sob esse ponto de vista, não era admitida a existência de dano moral coletivo, muito menos de que a coletividade poderia ser sujeito passivo desse dano (BRASIL, 2006).

Fernando de Paula Batista Mello (2014, p. 54) relata a mudança de entendimento da jurisprudência mediante a comprovação de uma série de decisões do STJ que reconheceram a indenizabilidade dos danos morais coletivos. Senão vejamos:

[...] a partir de 2009, diversas decisões admitindo a ocorrência do dano moral coletivo foram verificadas (Min. Eliana Calmon,⁶ Min. Benedito Gonçalves⁷, Min. Nancy Andrichi⁸, Min. Luiz Fux⁹ – atualmente ministro do Supremo Tribunal Federal), sob o argumento de que, uma vez atingindo valores e interesses fundamentais de um grupo, não há como negar o interesse da coletividade à defesa do seu patrimônio imaterial.

A indenização por danos morais tem aspectos distintos da indenização por danos individuais, pois não se pode exigir que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação como se fosse um indivíduo isolado. Portanto, o dano extrapatrimonial coletivo prescinde da prova de sofrimento, dor e angústia pela coletividade ofendida, pois os direitos coletivos possuem características próprias que não devem estar vinculadas aos direitos individuais.

Assim, “o patrimônio (*interesse*) da comunidade tem de ser agredido do ponto de vista jurídico e não só moral. Há que existir um interesse jurídico tutelado e violado para ensejar a reparação por dano moral coletivo” (CARVALHO, L. G., 2000, p. 32).

Xisto Tiago de Medeiros Neto (2014, p. 154) explica o uso da expressão dano moral coletivo, afirmando que:

Embora o termo dano moral coletivo esteja consagrado no ordenamento jurídico, é passível de críticas, pois não expressa a amplitude semântica adequada ao alcance da matéria. Uma vez que, com o desenvolvimento da teoria do dano, observou-se que não necessariamente a lesão a determinadas esferas de proteção jurídica inerente à personalidade e à dignidade humana – principalmente em

⁶ REsp 1.057.274/RS, 2ª T., j. 02.04.2009.

⁷ REsp 1.029.927/PB, 1ª T., j. 02.04.2009.

⁸ REsp 821.891/RS, 1ª T., j. 12.05.2008.

⁹ REsp 598.281/MG, 1ª T., j. 02.06.2006.

sua dimensão coletiva ou social – reflete ou se relaciona com dor ou sofrimento (NETO X. T., 2014, p. 154).

Nos dizeres de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2000, p. 33):

O termo mais apropriado, portanto, seria dano extrapatrimonial a interesse difuso ou coletivo. *Extrapatrimonial* porque o *dano moral* é mais restrito do que a noção de dano extrapatrimonial e, com isso, supera-se a exigência tradicional da dor e do sofrimento que lhe é característica. *Difuso* porque não é apenas uma coletividade que tenha determinada qualidade que pode ser lesionada em seu interesse jurídico, mas toda a pessoa como parte integrante da comunidade. Usar apenas a expressão *dano moral coletivo* pode dar a falsa impressão de exclusão do dano moral a interesse difuso.

Logo, quando se faz menção ao termo dano moral coletivo, refere-se tanto ao dano que atinge a esfera coletiva (danos coletivos *lato sensu*) quanto àquele que afeta direitos ou interesses difusos.

Nesse sentido, já que a expressão está consolidada tanto na doutrina quanto na jurisprudência, usaremos no presente trabalho ambas as formas indistintamente.

Carlos Alberto Bittar Filho (1988) define dano moral coletivo nos termos seguintes:

O dano moral coletivo constitui a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial.

Importante ressaltar, ainda, que não se confunde com o somatório dos danos morais sofridos individualmente, mas está relacionado à ofensa contra diversificados direitos ou interesses próprios da comunidade, inclusive à moralidade administrativa.

Acerca do destino da indenização, Fausto Kozo Kosaka (2009, p. 85) leciona:

O destino da indenização por dano moral coletivo também apresenta uma peculiaridade. Tratando-se de indenização por danos morais em razão de ofensa a interesses difusos ou coletivos *stricto sensu*, os recursos obtidos serão destinados ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, previsto no artigo 13 da Lei 7.347/85, ou para outros fundos específicos, como o Fundo de Amparo ao Trabalhador (no caso de danos verificados na seara trabalhista) ou o Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente (se a lesão atingir essas classes de pessoas). Esta parece ser a sistemática mais adequada, pois os recursos de tais fundos são empregados na adoção de medidas tendentes à proteção e à recomposição de direitos coletivos lesados. Ademais, como os recursos são destinados aos mencionados fundos, afasta-se o argumento de que indenizações de vulto acarretariam o enriquecimento sem causa do autor da ação, alegação muito comum dos réus das demandas por danos morais.

Após essa breve explanação sobre as generalidades do dano moral coletivo, vejamos os danos morais coletivos em ação na qual se discute improbidade administrativa.

2.2 DANO MORAL COLETIVO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O Estado contemporâneo, notadamente no desempenho da função administrativa, exerce amplíssima gama de atividades. No exercício dessas inúmeras atividades é corriqueira a ocorrência de danos às pessoas, quer por atos lícitos, quer por atos ilícitos, sendo essa responsabilidade tanto contratual como extracontratual, e sendo os danos causados tanto patrimoniais quanto morais.

No que diz aos danos patrimoniais, sabe-se que o Estado não pode praticar crimes como uma pessoa física, no entanto, seus agentes podem. Cabe ao ofendido, portanto, buscar o ressarcimento dos danos perante o ente estatal, nos moldes do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, conforme o exposto no capítulo I.

O Estado também, mediante conduta de seus agentes, pode praticar danos extrapatrimoniais, devendo, da mesma forma, ressarcir integralmente o ofendido, de acordo com o princípio da reparação integral dos danos (art. 5º, X, da CF/88).

Perceba-se que todas as hipóteses referem-se à responsabilidade civil do Estado perante seus administrados. Porém, pouco se fala da responsabilidade dos agentes públicos quando, por condutas próprias ilícitas, causarem dano à coletividade.

Dessa forma, nesse tópico, abordaremos a responsabilidade civil dos agentes públicos por danos extrapatrimoniais de natureza difusa causados por atos de improbidade administrativa.

Inicialmente, não se podem negar as consequências advindas da prática de atos de improbidade. Pazzaglini Filho (2005, p. 19) traz um rol não taxativo de exemplos: Vejamos:

a depauperação do patrimônio público, o comprometimento da eficiência de atuação dos Poderes do Estado, a geração de falsos conceitos de administração, de agente público e de improbidade; descrédito dos ocupantes de funções públicas; o enriquecimento ilícito de autoridades e particulares em detrimento da qualidade, economia e eficiência dos serviços públicos; a inversão de prioridades públicas pelo tráfico de influência; a ampliação das desigualdades sociais e, em última instância, a elevação da dívida pública, pelo desequilíbrio entre receitas e despesas.

Na mesma linha, Márcia Bittencourt Costa (2006, p. 6) prossegue comentando acerca dos prejuízos causados em virtude dos atos de improbidade:

Com efeito, ao se pensar na improbidade, pensa-se logo em questões como a escassez de recursos para educação e a saúde, no aumento da violência urbana e no sucateamento da Segurança Pública, entre outros dos problemas que assolam a sociedade. Entretanto, a questão vai ainda mais além, podendo desaguar no descrédito, no desalento e no desencanto de toda uma população. Configura a própria ruína do governo, posto que este, instituído com o objetivo de garantir boas condições de vida para uma população, passa a admitir incompetência para desenvolver o seu papel.

Perceba-se, com tais exemplos, que o ato ímprobo não acarreta apenas danos ao Estado enquanto pessoa jurídica, mas atinge toda a coletividade, já que esta, muitas vezes, é preterida em virtude dos atos ilícitos praticados pelos servidores estatais.

Considerando o que já expusemos acerca do reconhecimento pela ordem jurídica vigente de a probidade administrativa constituir direito fundamental implícito, de natureza eminentemente difusa, bem como o dever de ressarcimento integral (art. 5º, X, da CF) pelos danos, o agente público que praticar atos de improbidade administrativa, violando esse direito, deve ser instado a indenizar a vítima, ou seja, a coletividade.

Esse entendimento é plenamente aceito na jurisprudência do STJ¹⁰:

Não há vedação legal ao entendimento de que cabem danos morais em ações que discutam improbidade administrativa seja pela frustração trazida pelo ato ímprobo na comunidade, seja pelo desprestígio efetivo causado à entidade pública que dificulte a ação estatal.

Discutimos, anteriormente, a indenizabilidade por danos morais individuais e também coletivos, mas a questão que por ora se impõe concerne a possibilidade de condenação por dano moral coletivo quando se discute improbidade administrativa.

Inicialmente, “a ação judicial cabível para apurar e punir os atos de improbidade tem a natureza de ação civil pública, sendo-lhe cabível, no que não contrariar disposições específicas da lei de improbidade” (DI PIETRO, 2014, p. 924). Portanto, a Lei 7.347/85, Lei da Ação Civil Pública, tem aplicação subsidiária.

Di Pietro (2014, p. 924) explica de onde provém a natureza jurídica da ação de improbidade administrativa, nos termos seguintes:

[...] encontra fundamento no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal, que ampliou os objetivos da ação civil pública, em relação à redação original da Lei 7.347, que somente a previa em caso de dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Nesse sentido, o dispositivo constitucional supramencionado determinou a maior abrangência para que, mediante ação civil pública, se proteja patrimônio público e social, meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos.

Além disso, os artigos 110 e 117, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC), inseriram na Lei da Ação Civil Pública o inciso IV do artigo 1º e o artigo 21, estendendo, de forma expressa, o que a Constituição Federal havia estendido de maneira implícita, ou seja, o alcance da ação civil pública à defesa de todos os interesses difusos.

Essa disposição integra-se ao artigo 83 do CDC, o qual dispõe que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela” (BRASIL, 1990).

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *Resp nº 960.926/MG*.

Dessa forma, fica determinada a admissão de qualquer pedido para tornar adequada e efetiva a tutela aos interesses transindividuais, ou seja, esse dispositivo possibilita a formulação de qualquer espécie de pedido de provimento jurisdicional que tenha por objeto resguardar a defesa do interesse em jogo.

Com base nesse entendimento, é plenamente possível o cabimento de pedido de condenação por dano moral no âmbito de ação de improbidade movida pelo Ministério Público ou qualquer dos demais legitimados elencados no artigo 82 da Lei 8.078/90, pois a Lei de Ação Civil Pública sustenta tal pedido como direito coletivo, mormente após a edição da Lei 8.884/94, que o explicitou. Nesse sentido, o seguinte julgado:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPATIBILIDADE DAS AÇÕES. ART. 6º DA LEI N. 8.906/1994.

1. É cabível a propositura de ação civil pública que tenha como fundamento a prática de ato de improbidade administrativa, tendo em vista a natureza difusa do interesse tutelado. Também mostra-se lícita a cumulação de pedidos de natureza condenatória, declaratória e constitutiva nesta ação, porque sustentada nas disposições da Lei n.8.429/92.

2. Recurso especial conhecido parcialmente e improvido.

(REsp 516.190/MA, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 26/03/2007) (**grifos nossos**).

Conforme já comentado, a Lei de Improbidade Administrativa (arts. 10 c/c 12) também prevê o ressarcimento integral do dano causado por lesão ao erário, sem fazer qualquer restrição específica no diploma legal. Desse modo, deve ser aplicado o artigo 5º, inciso X, da Constituição da República, que explicita: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988). Logo, seja pelo dano moral causado à coletividade ante a frustração concreta causada pelo ato ímprobo, seja pelo prejuízo moral que leve a macular a imagem do ente estatal junto à coletividade, são devidos danos morais.

Importante destacar, no entanto, não são todos os atos ímprobos que resultarão em dano moral coletivo, pois sua ocorrência deve ser aferida no caso concreto, tendo em vista que não é a mera insatisfação da coletividade com falta de

realização do ideal do Estado-provedor ou mesmo a simples indignação que se reflita na coletividade que justificaria sua existência.

Assim, o julgador considerará os aspectos objetivos e subjetivos da conduta ilícita. Tal matéria será tratada mais detidamente no tópico 2.5 acerca do *quantum* indenizatório dos danos morais.

2.3 FUNÇÕES DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Conforme consignado anteriormente, todo e qualquer prejuízo injusto merece a necessária indenização, com o propósito de restabelecer o *status quo ante* ou reconstituir os bens violados que existiam antes do evento lesivo.

Nesse sentido, prescreve Cícero Antônio Favaretto (2008, p. 13), em trabalho monográfico:

o instituto jurídico do dano extrapatrimonial possui três funções básicas: compensar alguém pela lesão provocada à sua esfera personalíssima; punir o ofensor; e, por último, dissuadir e/ou prevenir a repetição do mesmo tipo de evento danoso, tanto em relação ao lesante quanto à sociedade em geral.

Desse modo, a primeira função é direcionada à pessoa que sofreu o dano; a segunda, atinge o responsável pela ocorrência do dano; e, a última, dispõe que tanto o responsável pelo evento danoso não deve repeti-lo, como também a sociedade, razão pela qual é muitas vezes denominada pedagógica ou educativa.

Parte da doutrina, por outro lado, admite uma dúplici função dos danos extrapatrimoniais, a reparatória ou compensatória e a punitiva. “Para essa corrente, a função dissuasória seria decorrência da punição aplicada ao ofensor” (FAVARETTO, 2008, p. 14).

“Há também aqueles que negam a existência da função punitiva do dano extrapatrimonial, afirmando, em síntese, que o valor arbitrado pelo magistrado a título de indenização tem o objetivo de apenas compensar a vítima [...]” (FAVARETTO, 2008, p. 14).

A função preventiva deve ser aplicada tanto para impressionar o agente ofensor de maneira negativa, para que ele, diante da oportunidade de voltar

a cometer o ato, opte por não praticar o ilícito; bem como, atemorizar o público e evitar, por meio do exemplo da punição, que as pessoas venham a praticar a mesma conduta. Sob esse ponto de vista, a sanção pelo dano moral cometido a outrem é uma ameaça dirigida a todos, com um caráter educativo.

A função punitiva, ao contrário, visa fomentar o arrependimento do ofensor, de modo a corrigi-lo e levá-lo a seguir o caminho da legalidade.

Logo, é um objetivo sem nenhuma relação com a finalidade de indenizar a vítima e não contribui para que esta seja colocada na situação anterior em que estaria caso o ilícito não tivesse ocorrido, nem tampouco para compensá-la pelo dano sofrido.

Dependendo do entendimento adotado pelo jurista em relação às funções do dano extrapatrimonial, se tríplice ou dúplice, os critérios utilizados para fixação do *quantum* indenizatório divergem diametralmente, razão pela qual se torna necessário avaliar com maior profundidade cada uma delas.

2.3.1 Função compensatória

Conforme tratamos alhures, os defensores da teoria negativista da admissibilidade dos danos morais defendiam que “a dor e o sofrimento decorrente de violação aos direitos personalíssimos não poderia ser objeto de indenização pecuniária, uma vez que tais ofensas não possuem caráter econômico” (FAVARETTO, 2008, p. 13-14).

Antônio Jeová Santos (2003, p. 60) detalha o modo que os tribunais entendiam a possibilidade de danos morais:

A doutrina que teimava em repudiar o ressarcimento de dano puramente moral, considerava que seria escandaloso discutir ante os Tribunais o valor da honra, ou das afeições mais sagradas, ou das mais íntimas e respeitáveis dores, discussão que haveria, necessariamente, de realizar-se desde que fosse admitida a reparação, em dinheiro, do agravo moral. A apreciação pecuniária de tais danos seria sempre arbitrária, pois não tem seu equivalente em dinheiro. Repugna ao espírito o recebimento de dinheiro por um agravo à honra ou contra a probidade de alguém. O reconhecimento da indenização do dano moral, fomenta especulações maldosas e apetites desordenados por riquezas.

Na mesma linha de raciocínio, Favaretto (2008, p. 15) leciona:

Para agravar a situação, o conceito da reparação integral, também denominada *restitutio in integrum*, um dos princípios basilares da responsabilidade civil ao lado do *neminem laedere*, não parecia adequar-se à ideia de reparação de danos incomensuráveis. Como reparar integralmente um dano sem medida exata.

Apesar das dificuldades encontradas pela corrente favorável à reparação do dano extrapatrimonial, prevaleceu na doutrina o entendimento de que esta é possível.

Cavaliere Filho (2014, p. 109) expressa com sabedoria acerca da função compensatória da indenização por dano moral:

Com efeito, o ressarcimento do dano moral não tende à *restitutio in integrum* do dano causado, tendo mais uma genérica *função satisfatória*, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Substitui-se o conceito de equivalência, próprio do dano material, pelo de compensação, que se obtém atenuando, de maneira indireta, as consequências do sofrimento. Em suma, a composição do dano moral realiza-se através desse conceito – compensação -, que, além de diverso do de ressarcimento, baseia-se naquilo que Ripert chamava de “substituição do prazer, que desaparece, por um novo” (CAVALIERE FILHO, 2014, p. 109).

Desse modo, “compensar significa amenizar, atenuar o dano de maneira a mitigar suas consequências e tentar satisfazer o lesado com uma quantia econômica que servirá de lenitivo pela ofensa cometida” (FAVARETTO, 2008, p. 17).

Destaque-se que a função compensatória da reparação por danos morais não guarda relação de equivalência absoluta com o dano, até mesmo em virtude do seu caráter não econômico, sendo impossível sua exata aferição, visto que trata de ofensa aos direitos da personalidade.

Nesse sentido, são as lições de Antônio Jeová Santos (2003, p. 155):

Enquanto no dano patrimonial o dinheiro assume preponderante função de equivalência, ou seja, com alguma exatidão cumpre o objetivo da responsabilidade civil que é o de restabelecer o patrimônio afetado, no dano moral o dinheiro serve a fim distinto.

Jamais será o equivalente do dano, mas terá como fundamento a satisfação, a compensação para a vítima.

Apesar desse caráter satisfativo, não necessariamente o ofendido intentará obter compensação monetária com a ação judicial por danos imateriais, mas almejará a punição do agente lesante. Ainda assim, há uma espécie de compensação psíquica, pois a vítima, por meio da condenação judicial, terá o seu sentimento de justiça referendado.

Cícero Antônio Favaretto (2008, p. 18) afirma que:

Após a superação dos óbices que surgiram frente à tese da reparabilidade dos danos extrapatrimoniais, a função compensatória passou a ser propagada quase em uníssono pela doutrina e jurisprudência. Trata-se de uma postura que se coaduna com o posicionamento adotado pela Constituição Federal de 1988, responsável pela nova perspectiva em relação à proteção do indivíduo, com destaque ao princípio da dignidade da pessoa humana e à defesa dos direitos fundamentais.

2.3.2 Função dissuasora ou preventiva

De acordo com Vitor Fernandes Gonçalves (2005, p. 129-130) esta função possui duplo objetivo. Nas palavras dele:

de prevenção específica, destinada a exercer, no próprio agente responsável por um ato ilícito, um efeito dissuasório relativo a futuros atos, idênticos à conduta em virtude da qual foi responsabilizado; de prevenção geral, orientada a causar o mesmo efeito dissuasório, só que com relação a terceiros, que pudessem se sentir tentados a agir da mesma forma ilícita que o agente responsável.

Assim, a sanção pecuniária imposta deve refletir, não somente a extensão do dano, mas ser direcionada para prevenir a prática de novos comportamentos ilícitos, seja pelo próprio ofensor ou por qualquer membro da sociedade.

Logo, deve ser vista como uma legítima resposta jurídica a determinados comportamentos do ofensor, mormente em situações nas quais outras medidas ou formas de sanção (por exemplo, tão somente a compensatória) não demonstram satisfatórias ou não exerçam força intimidativa em face do ofensor.

Segundo dissemos na introdução desse tópico, alguns doutrinadores defendem que a função dissuasória não existe autonomamente, sendo apenas consequência da punitiva. O entendimento dessa tese é de que aquele que foi condenado a pagar pelo dano moral praticado a outrem, por certo não será reincidente na mesma prática, pois terá receio de que seja sancionado novamente.

Bittar Filho (1999, p. 121) detalha as vantagens de se aplicar à indenização por danos morais o caráter dissuasório ou preventivo:

Possibilita, de um lado, a desestimulação de ações lesivas, diante da perspectiva desfavorável com que se depara o possível agente, obrigando-o, ou a retrair-se, ou, no mínimo, a meditar sobre os ônus que terá de suportar. Pode, no entanto, em concreto, deixar de tomar as cautelas de uso: nesses casos, sobrevivendo o resultado e à luz das medidas tomadas na prática, terá que atuar para a reposição patrimonial, quando materiais os danos, ou a compensação, quando morais [...].

No entanto, admitir a função preventiva não se trata, de maneira alguma, de desvalorizar o tradicional papel traçado pela responsabilidade civil, mas de reconhecer que a função desestimuladora, torna mais abrangente a responsabilidade civil, inclusive tendo em vista que a simples reparação do dano se tornou insuficiente para atender, de forma satisfatória, os conflitos sociais modernos, principalmente no que diz aos direitos da personalidade.

Apesar das divergências, ambas as correntes admitem que o dano extrapatrimonial objetiva o alcance de três finalidades, razão pela qual se torna irrelevante debater sobre o desdobramento da função punitiva em uma subfunção dissuasora. O importante é a convergência entre as teses, ou seja, são três fins a serem alcançados na fixação do dano extrapatrimonial: compensar, punir e dissuadir.

2.3.3 Função punitiva ou sancionatória

Tauanna Gonçalves Vianna (2014, p. 181) aduz sobre a função punitiva da indenização nos seguintes termos:

A indenização punitiva centra-se no ofensor. Seu escopo não é restituir a vítima daquilo que lhe foi suprimido por determinado ato, nem compensar a dor eventualmente sofrida, mas apenas apenar aquele que praticou conduta dolosa ou gravemente culposa e, com

isso, gerou, direta ou indiretamente, consequências danosas à sociedade como um todo.

No mesmo sentido, se acentua que “tendo em vista a resistência histórica dos tribunais e da doutrina na aceitação da reparação dos danos extrapatrimoniais, é natural que permaneça ainda hoje grande receio em relação à função punitiva do instituto” (FAVARETTO, 2008, p. 19).

Há algumas explicações quanto a esse receio de aceitação da função punitiva dos danos extrapatrimoniais, pois, conforme Tauanna Gonçalves Vianna (AZEVEDO, 2004 apud 2014, p. 180), citando Junqueira de Azevedo, assevera:

[...] inexistente em nosso ordenamento a possibilidade de acréscimo ao valor da indenização compensatória, centrada no tradicional binômio dano material x dano moral, tendo-se em vista o disposto no artigo 944 do Código Civil, que limita a indenização à extensão do dano sofrido pela vítima.

Outro fator que também gera receio quanto à função punitiva dos danos morais é oriundo, em parte, da realidade existente nos Estados Unidos, onde prevalecem as condenações ao pagamento de indenizações milionárias, conhecidas como *punitive damages* ou indenização punitiva como é conhecido esse instituto em nosso ordenamento.

Todavia, já contrapondo essa tese, é difícil o Brasil atingir os patamares de indenização americanos, pois, corriqueiramente os magistrados nacionais fixam indenizações simbólicas, as quais, muitas vezes, não são capazes de punir pelo dano causado.

A esse respeito, André Gustavo Corrêa de Andrade (2006b) faz a seguinte crítica:

O que se verifica, na verdade, é uma reiterada limitação dos valores indenizatórios pelo Superior Tribunal de Justiça, que, embora acene com a possibilidade de elevação das quantias arbitradas quando estas se mostrarem ínfimas, raramente parece encontrar oportunidades de fazê-lo¹¹, enquanto, ao contrário, com considerável

¹¹ Tragam-se como exemplos de julgados em que o STJ elevou o valor da indenização por dano moral os seguintes arestos: REsp 839053/MG, DJU de 1º.9.2006, 2ª Turma. Rel. Min. Eliana Calmon; REsp 703878/SP, DJU de 12.9.2005, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini.

frequência, exercita o poder de reduzir os montantes de indenização, por considerá-los abusivos, excessivos ou exorbitantes¹².

Adicionalmente, o terceiro fator é aquele que entende que o sistema jurídico da responsabilidade civil no Brasil não admite a concomitância da função punitiva com a função compensatória, devido à separação entre o direito civil e o direito penal. Nesse contexto, o princípio da legalidade que norteia o direito penal (*nullum crime, nulla poena sine praevia lege*) seria motivo suficiente para afastar qualquer pretensão punitiva no âmbito da responsabilidade civil, visto que não há previsão legal para punição dos agentes causadores do dano extrapatrimonial.

Clayton Reis (2002, p. 205-210), defensor desse fundamento, explica que a função essencial do direito penal é prevenir e punir, já do direito civil é reparar danos, não havendo que falar em função punitiva na esfera cível. Segundo o referido autor:

[...] a função essencial da norma civil, diversamente da norma penal, é basicamente a de indenizar o dano na esfera do direito privado. Não obstante a interação entre os dois institutos, eles, no entanto, se situam em planos diversos que são autônomos. Assim, a princípio, ocorre inevitável incoerência entre os dois segmentos do direito, quando se atribui função punitiva ao processo de indenização de danos no plano da responsabilidade civil. [...] A norma penal possui uma função preventiva e repressiva. Todavia, essa situação não ocorre na esfera do direito civil, em que o pagamento de uma determinada importância implica a reparação de um prejuízo causado à vítima de forma voluntária e ilícita.

Apesar do entendimento supra, Favaretto (TALAMINI, 2001 apud FAVARETTO, 2008, p. 21) afirma que a sanção punitiva não se opera apenas na esfera criminal, aduzindo que ela também ocorre no âmbito cível. Senão vejamos:

¹² Como se extrai do julgamento do RESP 549812/CE, DJU de 31.5.2004, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Neto. No aresto foi reconhecida a responsabilidade de autarquia federal (DNER) por acidente de trânsito fatal ocorrido em rodovia mal conservada, com buracos que levaram ao esvaziamento dos pneus do veículo acidentado e o conseqüente descontrole de sua direção. Reduziu-se, no entanto, o valor da indenização por dano moral, reputado excessivo, de 448,5 salários mínimos para 300 salários mínimos. A relação de julgados do STJ que procederam à redução de indenização do dano moral é abundante. Citem-se, à guisa de exemplo dessa tendência, os seguintes arestos: RESP 837594/MG, DJU de 01.8.2006, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini; RESP 687567/RS, DJU de 13.3.2006, 4ª Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha; RESP 596438/AM, DJU de 24.5.2004, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro; RESP 555043/PA, DJU de 03.5.2004, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito; RESP 575166/PA, DJU de 05.4.2004, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves; RESP 480617/SP, DJU de 29.3.2004, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler; RESP 577887/SP, DJU de 29.3.2004, 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha; RESP 473127/MT, DJU de 25.02.2004, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho.

a sanção punitiva não opera só na esfera criminal — ainda que geralmente se reserve o termo “pena” à consequência da conduta ilegalmente tipificada como crime. Enquadram-se igualmente na categoria, por exemplo, as punições administrativas, as penas fiscais, diversas sanções no direito de família e das sucessões, etc. Também há, portanto, sanção punitiva civil. O liame unificador de todas essas punições — civis e criminais — está no seu escopo aflitivo: pune-se como reprovação pelo ilícito, e não com o escopo primordial de obter situação equivalente a que existiria se não houvesse a violação.

André Gustavo Corrêa de Andrade (2006b) reforça essa tese nos seguintes termos:

[...] não é possível, em certos casos, conferir efetiva proteção à dignidade humana e aos direitos da personalidade se não através da imposição de uma sanção que constitua fator de desestímulo ou dissuasão de condutas semelhantes do ofensor, ou de terceiros que pudessem se comportar de forma igualmente reprovável. Não é possível contar apenas com a lei penal e com penas públicas para prevenir a prática de atentados aos direitos da personalidade. A lei tipicamente penal não tem como prever, em tipos delituosos fechados, todos os fatos que podem gerar danos injustos, razão pela qual muitas ofensas à dignidade humana e a direitos da personalidade constituem indiferentes penais e, por conseguinte, escapam do alcance da justiça criminal. Fora isso, por razões diversas, nem sempre a sanção propriamente penal, oriunda de uma sentença penal condenatória, se mostra suficiente como forma de prevenção de ilícitos. Nesse contexto, a indenização punitiva constitui instrumento indispensável para a prevenção de danos aos direitos personalíssimos.

Com efeito, segundo lição de Cavalieri Filho (2014, p. 127), é possível deduzir que a função punitiva da indenização por danos extrapatrimoniais deve ser adotada quando:

o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável — dolo ou culpa grave — e, ainda, nos casos em que, independentemente de culpa, o agente obtiver lucro com o ato ilícito ou incorrer em reiteração de conduta ilícita.

Perceba-se que, nessa hipótese, o Poder Judiciário deve agir com cautela na análise de cada caso, pois a atribuição da função punitiva requer por parte do agente público a prática de ato com culpa grave. Nesse sentido, não é qualquer conduta violadora dos direitos de personalidade que fundamenta o caráter punitivo da sanção.

Para exemplificar essa situação, André Gustavo Corrêa de Andrade (2006b) aduz que:

É possível, por exemplo, que o dano moral tenha sido causado sem culpa do agente, que, todavia responderia por estar inserido em situação de responsabilidade objetiva. Em uma tal situação não há que cogitar do caráter punitivo da indenização, que deve desempenhar apenas função compensatória.

Assim, a função punitiva, isoladamente, não justifica excessos dos magistrados. Os dois extremos – indenização ínfima e indenização altíssima – geralmente resultam injustiças, razão pela qual a função punitiva assume relevo especial quando há a conjugação de certos fatores que fundamentam o aumento do valor indenizatório.

A esse respeito, no próximo capítulo será analisada a possibilidade de aplicação dos *punitive damages* ou teoria do valor do desestímulo ao Direito Administrativo e a tendência da jurisprudência brasileira sobre esse assunto.

2.4 O *QUANTUM* INDENIZATÓRIO DOS DANOS MORAIS

A reparação dos danos extrapatrimoniais, especialmente a quantificação da indenização correspondente, constitui uma dificuldade na prática forense, devido ao problema de se fixarem critérios objetivos para o seu arbitramento.

A doutrina e a jurisprudência, contudo, têm encontrado dificuldades para estabelecer quais são esses critérios razoavelmente objetivos a serem utilizados.

Na atualidade, o mais aceitável é que o *quantum* indenizatório dos danos morais seja estabelecido por arbitramento do juiz, de forma equitativa, com fundamento no postulado da razoabilidade. Tal procedimento, contudo, não significa poder arbitrário do julgador, pois este deve fundamentar sua convicção com a indicação dos critérios utilizados, como exigência da cláusula constitucional do *due process law*.

A fim de se chegar a um denominador comum acerca dos critérios objetivos a serem utilizados na fixação do *quantum* indenizatório do dano

extrapatrimonial, o STJ criou um método bifásico. A esse respeito aduz Xisto Tiago de Medeiros Neto (2014, p. 100):

[...] inicialmente, considerando-se os precedentes da sua jurisprudência existentes em relação ao mesmo interesse jurídico lesado (vida, integridade física, liberdade, honra etc.), fixa-se, a partir dos respectivos quantitativos observados, um valor-base para a situação sob análise; depois, diante do valor-base estabelecido, verificam-se as circunstâncias peculiares do caso (a gravidade do fato em si; a extensão do dano; a intensidade do sofrimento da vítima; a culpabilidade do agente responsável; a condição econômica, social e política das partes envolvidas; a culpa concorrente da vítima, dentre outras), ajustando-se o valor básico, para mais ou para menos, de acordo com tais condicionantes, chegando-se, então, ao valor almejado.

Acerca da condição socioeconômica do ofensor, Tauanna Gonçalves Vianna (2014, p. 183) faz algumas considerações com fundamento na jurisprudência do STJ, vejamos:

Vale destacar, que a condição socioeconômica do ofensor vem recebendo crescente atenção por parte dos julgadores, o que sinaliza uma tendência no sentido de privilegiar indenizações que visem não apenas à reparação do dano, mas que logrem causar impacto patrimonial efetivo sobre aquele que o cometeu, numa evidente valorização da função punitiva do dano moral, conforme aponta o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no julgamento do REsp 959.780/ES: “Na situação econômica do ofensor, manifestam-se as funções preventiva e punitiva da indenização por dano moral, pois, ao mesmo tempo em que se busca desestimular o autor do dano para a prática de novos fatos semelhantes, pune-se o responsável com maior ou menor rigor, conforme sua condição financeira”.

Assim, considerar a condição socioeconômica do ofensor na fixação do *quantum* indenizatório dos danos extrapatrimoniais já nos indica uma função preventiva e punitiva, pois se visa evitar a prática de novas condutas por parte do ofensor, bem como sua punição.

A Constituição Federal de 1988, portanto, não estabeleceu nenhum limite com relação ao valor da indenização por danos imateriais, conforme se depreende das lições de Nehemias Domingos Melo (2004, p. 165):

[...] observa-se que não há limitações, pré-determinadas por lei, para a fixação do *quantum* nas indenizações por dano moral. É o que se depreende do insculpido na Constituição Federal que, ao regular a matéria, não estabeleceu nenhum limite ao montante indenizatório.

Apesar de não haver limites estabelecidos por lei, há que se considerar que o valor arbitrado não poderá ser irrisório, a ponto de não satisfazer o lesado, nem ser excessivo de modo a prejudicar sobremaneira o patrimônio econômico do ofensor. Nesse sentido, confira-se a lição de Xisto Tiago de Medeiros Neto (2014, p. 98-99):

[...] em qualquer caso, o valor estabelecido nem poderá ser de tal forma inexpressivo, que em nada compense ou satisfaça o lesado ou não signifique desestímulo para o lesante e para terceiros, nem tampouco se apresente excessivamente oneroso, de modo a arruinar economicamente o ofensor.

Tal entendimento se coaduna com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

3 FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL COLETIVO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A partir do instituto denominado *punitive damages*, proveniente dos países da *common law*, desenvolveu-se no Brasil a concepção de indenização punitiva como derivada do princípio da dignidade humana.

No final dos anos noventa, as cortes brasileiras começaram a enxergar as indenizações civis como uma forma de desestimular a prática de condutas lesivas ao patrimônio de outrem. Nesse sentido, o STJ, em 1998, julgou o REsp 150.467/RJ¹³ e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), em 1999, julgou a apelação cível nº 19980110357488¹⁴.

O mesmo entendimento foi esposado no Enunciado nº 446 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça, que evidencia a adoção da função preventiva da responsabilidade civil:

Enunciado n. 446 da IV Jornada de Direito Civil, CJF.

Art. 927: A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade.

Essa compreensão ficou mais manifesta no Enunciado nº 379, também da IV Jornada de Direito Civil, cujos termos são os seguintes:

Enunciado n. 379 da IV Jornada de Direito Civil, CJF.

O art. 944 *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.

Assim, desde essa época tanto a doutrina quanto a jurisprudência vêm se posicionando no sentido de a responsabilidade civil decorrente de danos extrapatrimoniais individuais ou coletivos não se restringir à função reparatória. Logo, a função de desestimular certas condutas mediante a aplicação de uma

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 150.467/RJ.

¹⁴ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível. APC nº 19980110357488.

sanção civil com caráter punitivo parece ter se consolidado, ao menos no que diz ao Direito do Consumidor e ao Direito Ambiental.

Todavia, quanto à aplicabilidade da indenização punitiva ao Direito Administrativo Sancionador, especialmente com relação aos atos de improbidade administrativa que resultem em dano extrapatrimonial de caráter difuso, a doutrina e jurisprudência são deficientes.

É nesse contexto que se insere o objeto do presente trabalho: os *punitive damages* ou, para o Direito Brasileiro, indenização punitiva. Da análise realizada neste capítulo, nos debruçaremos sobre a necessidade de se fortalecer a indenização punitiva no ramo do Direito Administrativo Sancionador mediante a imposição da multa civil prevista no artigo 12 da Lei 8.429/92.

3.1 A TEORIA DOS *PUNITIVE DAMAGES*

3.1.1 Origens do instituto

Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 228-229) faz um breve histórico das origens do instituto dos *punitive damages*:

A origem dessa doutrina remonta a história das cortes inglesas do século XVIII. Apesar de, já desde o século XIII, em casos de lesões pessoais causadas intencionalmente, em “*trespass to the person*” ou em outras hipóteses específicas, o juiz podia *[sic]* condenar o réu a um ulterior pagamento, a título de *punitive damages*, remédio surgido para tutelar os direitos civis dos súditos em suas relações com funcionários do governo, cujo comportamento era, frequentemente, vexatório e arbitrário.

“Na Inglaterra a doutrina aponta como pioneiros os julgamentos de *Huckley v. Money* (95 Eng. Rep. 768) e *Wilkes v. Wood* (98 Eng. Rep. 768), ambos julgados pela House of Lords em 1763” (GONÇALVES, V. F., 2005, p. 33).

Ao julgar os dois casos, a Suprema Corte entendeu que a condenação poderia ultrapassar os limites impostos pelos prejuízos efetivamente suportados, de modo a não apenas compensar o ofendido pelos danos causados, mas, também e principalmente, para punir o ofensor pelo ilícito praticado, assim como prevenir novas condutas no futuro.

Leciona Maria Celina Bodin de Moraes (GALLO, 1999 apud MORAES, 2003, p. 229), citando Paolo Gallo, sobre o declínio dessa espécie de sanção na Inglaterra e suas hipóteses de aplicabilidade:

Essa espécie de sanção foi perdendo paulatinamente a importância, até que, na segunda metade do século XX, sofreu importantes restrições, limitando-se sua aplicação a apenas três hipóteses: quando a administração pública privar um cidadão de seus direitos fundamentais; quando alguém obtiver um enriquecimento como consequência de uma conduta culposa; ou quando a hipótese for especialmente prevista em lei.

Por outro lado, ainda no século XIX, o instituto ganhou forças nos Estados Unidos da América (EUA), adquirindo, posteriormente, a finalidade precípua de punição e prevenção, uma vez que o foco passou a ser sobre a conduta do ofensor e não mais sobre a espécie de dano.

Anderson Schreiber (2013, p. 211) descreve o primeiro caso de indenização punitiva por danos extrapatrimoniais nos EUA:

O primeiro caso de indenização punitiva nos EUA foi o *Genay v. Norris*, datado de 1784, que resultou na condenação de um médico que, após ter aceitado um desafio para um duelo de pistolas, inseriu secretamente na taça de vinho do seu adversário uma dose considerável de cantaridina e propôs um drinque de reconciliação. A Suprema Corte da Carolina do Sul entendeu que as dores extremas provocadas à vítima pela malícia do médico mereciam, naquelas circunstâncias, uma ‘punição exemplar’.

Com o passar dos anos, o instituto se desenvolveu de maneira surpreendente, especialmente nos Estados Unidos, passando a incidir em uma série de hipóteses distintas.

Não são em todos os estados americanos que admitem os *punitive damages*, conforme dispõe André Gustavo Corrêa de Andrade (2006b):

Os *punitive damages* são, em maior ou menor extensão, admitidos em 45 dos 50 estados americanos. Em alguns estados vêm previstos em lei, em outros têm sua origem no *common law*. Como regra geral, não acolhem os *punitive damages* os Estados de Massachusetts, Nebraska, Washington, New Hampshire e Louisiana.

Partindo-se desse breve histórico, vejamos, em seguida, o conceito do instituto e, mais à frente, discussões sobre a aplicabilidade dos *punitive damages* no Direito Brasileiro.

3.1.2 Conceito e funções

Conforme dito, “a figura dos *punitive damages* pode ser apreendida, numa forma introdutória e muito geral, pela ideia de indenização punitiva (e não “dano punitivo”, como às vezes se lê)” (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 16).

Damages, nos países da *common law*, equivale, com ressalvas, à nossa indenização. Da mesma forma que no Direito pátrio, os *damages* podem assumir diversas feições e funções. Dentre elas, interessa-nos os *compensatory damages* e os *punitive damages*, os quais merecem ser distinguidos.

“Os primeiros visam reparar um prejuízo real, colocando a vítima na situação anterior àquela em que estaria caso o ilícito não tivesse ocorrido” (SERPA, 2011, p. 24-25), assemelham-se à indenização compensatória tratada no capítulo anterior.

Por outro lado, Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler (2005, p. 16) conceituam *punitive damages* como:

[...] uma soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*).

Apesar da evidente dupla finalidade que os *punitive damages* possuem, no Brasil eles vêm sendo aplicados de forma atípica, de acordo com os dizeres de Anderson Schreiber (2013, p. 211):

No Brasil, como em outros países de tradição romano-germânica, vive-se uma situação claramente anômala, na qual os *punitive damages* não vêm admitidos como parcela adicional de indenização, mas aparecem embutidos na própria compensação do dano moral. Assim, a doutrina amplamente majoritária sustenta um duplo caráter da reparação do dano moral: (i) o caráter compensatório, para assegurar o sofrimento da vítima; e (ii) o caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação se veja castigado pela ofensa que praticou.

Nesse sentido, confira-se o julgado de lavra da Ministra Eliana Calmon, da 2ª Turma do STJ, em caso de dano moral individual decorrente de falecimento de filho no interior de escola pública¹⁵:

O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor para que não volte a reincidir.

Por outro lado, a corrente minoritária defende uma função tríplice da indenização punitiva, pois além de permitir a compensação da vítima pelo dano suportado, albergaria a punição do ofensor e serviria de exemplo social, agindo como um desestímulo à reiteração daquele comportamento ilícito e essencialmente antissocial.

A propósito, confira-se o julgado do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro que adotou a corrente da tríplice função da indenização, a qual inclui compensação, prevenção e punição. Observa-se, na espécie, que o magistrado aplicou a teoria da prevenção especial negativa (aplicável ao ofensor), bem como da prevenção geral positiva (aplicável à sociedade)¹⁶.

Importante destacar que, contrariamente ao que muitos pensam, nos Estados Unidos os *punitive damages* não se aplicam irrestritamente. Eles só podem ser concedidos em caso de circunstâncias subjetivas que se assemelham à categoria continental do dolo, quais sejam, malícia, devassidão, a obstinação, a opressão, a fraude entre outras e a mera negligência, na ausência das circunstâncias agravantes. Além do mais, não se constitui direito subjetivo o recebimento de *punitive damages*, pois depende sempre de discricionariedade do júri.

Em nosso ordenamento, tanto a doutrina quanto a jurisprudência ainda discutem questões formais com relação ao instituto. Discutiremos a esse respeito em seguida.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 860.705/DF.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 332.589/MS.

3.1.3 Discussões sobre a aplicabilidade dos *punitive damages* no Direito Brasileiro

A teoria dos *punitive damages* ou indenização punitiva, como afirmamos, tem ganhado espaço em nosso ordenamento jurídico. Todavia, algumas considerações devem ser feitas, pois o instituto ainda não é aceito unanimemente pela doutrina e jurisprudência, conforme já exposto. Nesse sentido, o objetivo desse tópico é apontar os principais motivos a favor e contrários à admissão dos *punitive damages* no Brasil.

Primeiramente, conforme afirmam os autores Clever Augusto Jatobá Miranda e Rubem de Oliveira Valente Neto (2012):

Uma teoria importada do direito estrangeiro não pode ser aplicada igualmente, sem sequer apreciar as peculiaridades locais e sua adequação ao ordenamento jurídico pátrio, sob pena de ferir de morte o equilíbrio jurídico do país, vitimando, inclusive, sua soberania o poder de autodeterminação na esfera nacional, ocasionando uma série de antinomias no ambiente jurídico.

A alegação é de que, no processo evolutivo do Direito, o âmbito civil foi se dissociando do âmbito penal, assim, ao tempo em que a responsabilidade civil por meio da indenização alicerçou-se na reparação do dano, a responsabilização penal preservou sua natureza punitiva, retribuindo ao criminoso o mal que impingiu à sociedade. Assim, a atribuição de uma indenização de natureza punitiva permitiria a invasão do universo penal pela seara civil.

No entanto, essa argumentação não merece prosperar, pois nos termos dos dizeres de Mariana Pargendler (2005):

O retorno do caráter exemplar da responsabilidade civil se daria, na maior parte dos casos, pela insuficiência das respostas oferecidas pela responsabilidade civil quando exerce função meramente compensatória, com o montante da indenização limitado ao dano efetivamente sofrido. Somado a isso, a tendência de retração do Direito Penal, que vem se limitando às ofensas mais graves à ordem social, evitando a banalização do Direito Penal, abrindo, então, espaço para a retomada do caráter sancionador da responsabilidade civil.

Vitor Fernandes Gonçalves (HARPER, 1986 apud GONÇALVES, V. F., 2005, p. 27-28) elenca mais um motivo para contrapor essa tese de que há uma invasão do Direito penal na esfera cível:

A indenização punitiva revela-se um veículo útil para a expressão do senso de desprezo comunitário a práticas que de outro modo tendem a ser toleradas, sob um manto de um aceitável espectro de decisões pessoais ou, mais comumente, corporativas. Pode também servir para atrair a atenção de abusos que de outra forma seriam consideradas meras imperfeições operacionais rotineiras. Em ambos os casos, o impacto psicológico pode servir para promover a segurança e a conduta de boa-fé em um nível mais acentuado que a indenização compensatória, considerada isoladamente.

Assim, o Direito deve acompanhar a evolução da sociedade, de modo que não haja essa distinção estanque entre direito penal e direito civil. É o que afirma, em outras palavras, Clever Augusto Jatobá Miranda e Rubem de Oliveira Valente Neto (2012):

[...] não podemos conceber o Direito como algo estanque e de conceitos cristalizado pelo tempo, mas, sim, faz-se necessário que a sua leitura acompanhe a complexidade das relações sociais contemporâneas, não permitindo que esta divisão temática vitime a necessidade social de uma resposta efetiva do Direito diante da exigência da pacificação social para alcançar o bem comum.

Outro ponto relevante diz respeito à ausência de previsão legal expressa da indenização punitiva “já que o apenamento sem previsão em lei e sem balizamento normativo contraria toda a tradição dos ordenamentos da *civil law* e configura verdadeiro arbítrio do juiz” (SCHREIBER, 2013, p. 215).

Contudo, diferentemente à subsunção da conduta típica ao tipo penal, no âmbito cível não há meios para se tipificar cada hipótese de violação aos infinitos bens jurídicos tutelados. Dessa forma, a responsabilidade civil se respalda no modelo de cláusulas gerais, as quais têm sua aplicação norteadas pela amplitude da interpretação do fato social onde se materializou o dano.

Além disso, Anderson Schreiber (2013, p. 215) entende que:

[...] admitir os *punitive damages* mediante previsão legal mostra-se, de certa forma, paradoxal. A vantagem dos *punitive damages* e a causa de seu sucesso em nossa experiência jurídica deve-se exatamente ao fato de virem sendo – ilegítimamente – adotados sem previsão legal anterior, de modo que o Poder Judiciário, diante de flagrantes injustiças, não se sente obrigado a manter-se à espera do Poder Legislativo.

Ademais, tramita no Congresso Nacional, o Projeto de Lei 6.960/2002, denominado vulgarmente de *Projeto Fúza*. Este visa a alteração de

uma série de artigos do Código Civil de 2002, incluindo-se o acréscimo de um § 2º ao artigo 944 com o seguinte texto: “a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante” (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, Mariana Pargendler (2005) infere que:

Se aprovado o referido projeto, o ordenamento jurídico brasileiro terá acolhido expressamente a chamada “teoria do desestímulo” (“*deterrence theory*”), que se encontra presente na doutrina dos *punitive damages*. Então, será ainda mais provável que as funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil venha a tomar novo rumo.

Outra crítica refere-se à violação do artigo 944 do Código Civil, o qual declara que a indenização mede-se pela extensão do dano. No caso dos *punitive damages*, esse limite não é respeitado, “criando-se uma espécie bizarra de indenização, onde não é dado ao ofensor conhecer em que medida está sendo apenado, e em que medida está compensando o dano” (SCHEREIBER, 2013, p. 213).

Porém, André Gustavo Corrêa de Andrade (2006a, p. 253) contesta essa alegação aduzindo que nas hipóteses de aplicabilidade da indenização punitiva o foco volta-se para o ofensor e na conduta praticada por ele, diferentemente ao que ocorre na indenização compensatória que o foco é na vítima do evento danoso. Senão vejamos:

A função punitiva atua de modo a selecionar critérios distintos daquele utilizado para a aferição da indenização compensatória, o que se diz justamente em atenção às diferentes finalidades exercidas pelas duas sanções. Se, no caso da indenização compensatória, o ponto de relevância se encontra na vítima e no prejuízo por ela suportado (limite único, mínimo e máximo da indenização, *ex vi* do art. 944, *caput*, do CC/2002), na indenização punitiva tal ponto se encontra no ofensor e na conduta por ele perpetrada, majorando-se a sanção quanto mais reprovável for tal conduta.

Esse mesmo entendimento já é, com frequência, adotado pela jurisprudência, conforme o REsp 860.705/DF da Eminentíssima Ministra Eliana Calmon citado neste capítulo.

Por fim, o último aspecto repousa no princípio da proibição do enriquecimento sem causa – já que, nos países da *common law*, onde surgiram os *punitive damages*, a quantia paga a título de punição é atribuída à vítima.

Sobre esse ponto, em sua dissertação de mestrado, Pedro Ricardo e Serpa (VAZ, 2009 apud SERPA, 211, p. 233) infere que:

[...] parte da doutrina sustenta que sempre haverá enriquecimento sem causa por parte do ofendido se ele for o destinatário das quantias decorrentes da incidência da indenização punitiva. O enriquecimento sem causa, nesse sentido, somente seria evitado se o numerário que excedesse o suficiente para compensar os prejuízos sofridos pela vítima fosse remetido a um fundo público, a uma entidade beneficente ou “a uma pessoa jurídica, oficial ou não, desde que passível que fiscalização pelo órgão cedente do valor”.

É justamente quanto à proibição do enriquecimento sem causa que iniciaremos o próximo tópico, analisando o posicionamento da doutrina acerca dos *punitive damages*.

3.2 A APLICAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

O Superior Tribunal de Justiça, ao tratar da aplicação dos *punitive damages* ou, como também costuma denominar, teoria do valor do desestímulo, entende que é possível a admissibilidade do instituto no ordenamento pátrio, porém, de forma reservada.

Nesse sentido, vale a pena conferir o julgado de lavra do Eminentíssimo Ministro Carlos Fernando Mathias, da 4ª Turma, publicado em 2008¹⁷.

Assim, o STJ entende que a aplicação dos *punitive damages* só é ilícita quando ocorre de forma irrestrita. Apesar disso, não chega a explicar como a aplicação restrita ultrapassaria a vedação ao enriquecimento sem causa, corroborando a tese da doutrina de que sempre haverá enriquecimento sem causa se a verba arrecadada for destinada ao ofensor.

Como forma de solucionar a contradição, Xisto Tiago de Medeiros Neto (2014, p. 217), com base na legislação pátria, explica o seguinte:

Para evitar a incongruência, a Lei 7.347, publicada em 1985, prevê em seu artigo 13 que as condenações em dinheiro havidas no âmbito das ações civis públicas reverterão a um fundo gerido por um

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 210.101/PR.

Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, com a necessária participação do Ministério Público e de representante da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. Inclui-se nessa previsão a parcela pecuniária concernente à reparação de dano moral coletivo (art. 1º *caput*).

O destino dos recursos arrecadados por esse Fundo visam ações específicas, segundo informa Medeiros Neto (2014, p. 218):

[...] há a previsão legal de que os recursos arrecadados pelo mencionado Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD), por força das condenações judiciais nas ações civis públicas, devem se destinar à (I) recuperação dos bens, e também à (II) promoção de eventos educativos e científicos, (III) à edição de material informativo, especificamente relacionados com a natureza da infração ou do dano causado, bem como à (IV) modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas destacadas (art. 1º, § 3º, da Lei 9.008/95).

Como já comentado, a ausência de previsão legal, dentre outros motivos, tem contribuído para uma ampla aceitação dos *punitive damages* nos tribunais brasileiros, especialmente no que toca à proteção dos interesses difusos nas áreas do Direito do Consumidor e do Direito Ambiental. Segundo Vitor Fernandes Gonçalves (2005, p. 208), “é no âmbito da proteção dos interesses difusos que a teoria da indenização punitiva mais tem se desenvolvido”, cumprindo a função de desestímulo.

Contudo, apesar de o instituto ter surgido em virtude dos abusos perpetrados por funcionários do governo Inglês contra os administrados, o nosso ordenamento jurídico ainda é incipiente quanto a reconhecer danos extrapatrimoniais de caráter difuso decorrentes de atos de improbidade administrativa, muito menos admitir a função punitiva da indenização nesta seara.

No tópico seguinte abordaremos este assunto, para, em seguida, analisarmos um caso de aplicabilidade dos *punitive damages* no Distrito Federal.

3.3 ADOÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO

3.3.1 A tutela extrapatrimonial da probidade administrativa

As normas que visam reprimir a improbidade administrativa almejam tutelar o interesse público, coadunando-se, com a dimensão difusa da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, amparado pela doutrina da reparação integral, Carlos Humberto Prola Júnior (2009, p. 225) dispõe que:

[...] acolhida por nosso ordenamento jurídico a doutrina da reparação integral no âmbito da responsabilidade civil, resta evidente a necessidade de reparação de todos os danos produzidos pelo ato eivado de improbidade, inclusive daqueles, de natureza extrapatrimonial coletiva, que costumeiramente estarão presentes nesses casos.

Nesse sentido, confira-se um dos precedentes do STJ que tem sido paradigma acerca dessa matéria¹⁸, o qual foi teve como relator o Ministro Castro Meira.

Nos casos de atos de improbidade o direito à probidade administrativa, de natureza difusa, resta violado. Portanto, pode-se deduzir das palavras de Xisto Tiago Medeiros Neto (2014, p. 197) que nessas circunstâncias:

Não se trata, propriamente, de uma reparação típica, de finalidade compensatória, nos moldes do que se observa em relação aos danos individuais. Cuida-se, aqui, de uma modalidade peculiar de resposta do sistema jurídico, imprescindível à garantia da sua própria respeitabilidade, estruturada especificamente para as hipóteses de danos a direitos transindividuais.

Portanto, assevera Carlos Humberto Prola Júnior (2009, p. 228):

[...] se a probidade na Administração Pública recebe plena proteção da ordem jurídica, em face da relevância e fundamentalidade que se lhe reconhece, como instrumento para a erradicação da pobreza, redução das desigualdades e construção de uma sociedade livre, justa e solidária, não se poderia deixar de instituir uma forma adequada de sancionamento e reparação eficaz e integral às injustas lesões contra ela perpetradas, de forma que não vingue a ideia ou o

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 960.926/MG.

sentimento de desmoralização do ordenamento jurídico e dos princípios basilares que lhe são fundamento.

Complementa o autor (PROLA JÚNIOR, 2009, p. 228) que:

Esse entendimento ganha especial relevo no âmbito da improbidade administrativa, quando se considera que os eventuais terceiros relacionados a uma dada conduta ímproba muitas vezes constituem grandes grupos econômicos, com tentáculos em várias esferas e segmentos da Administração Pública.

Pela importância que a probidade administrativa recebe, é necessário que haja no sistema normativo brasileiro uma condenação eficaz quando esse direito difuso for violado, de modo a penalizar o ofensor, bem como prevenir novas práticas pela sociedade. Em outras palavras, Xisto Tiago de Medeiros Neto (2014, p. 199) afirma que:

[...] é relevante para o sistema jurídico a garantia de uma condenação eficaz, em face do reconhecimento do dano moral coletivo, nas hipóteses em que apenas a imposição judicial de uma abstenção (*não fazer*), para cessar a conduta danosa, ou mesmo de realização de conduta exigida por lei (*fazer*), constituiria para o ofensor uma situação de conforto, ou mesmo favorecimento, tendo-se em conta as consequências danosas já produzidas no tempo, decorrentes da violação do ordenamento jurídico, em detrimento da coletividade.

Dessa forma, Medeiros Neto (2014, p. 201) aduz a respeito da imprescindibilidade de se instituir uma condenação pecuniária adequada que cumpra uma dúplice função, de prevenção e de punição:

[...] no âmbito de uma sociedade organizada sob o signo da ordem democrática, deve ser legitimamente imposta ao agente ofensor, diante da caracterização do dano moral coletivo, uma condenação pecuniária adequada, no sentido de lhe fazer sentir a intolerabilidade do sistema jurídico em face da conduta ilícita adotada, e dissuadi-lo – e a terceiros – quanto a não incorrer em novas práticas ilícitas.

Por fim, vale também nas hipóteses de improbidade administrativa, considerar os seguintes critérios para quantificação da reparação do dano moral coletivo, segundo lições de Xisto Tiago de Medeiros Neto (2014, p. 211-212):

a) a natureza, a gravidade e a repercussão da lesão; b) a situação econômica do ofensor; c) o proveito obtido com a conduta ilícita; d) o grau de culpa ou do dolo, se presentes; e e) a verificação de reincidência.

Partindo-se dessas premissas, procuraremos, sem a pretensão de esgotar o assunto, discutir a indenização punitiva no âmbito da Lei 8.429/92.

3.3.2 Reparação do dano extrapatrimonial por improbidade administrativa

Na Lei 8.429/92, no artigo 12, estão dispostas as sanções a serem aplicadas nas hipóteses de enriquecimento ilícito (I), dano ao erário (II) e violação aos princípios da Administração Pública (III) (BRASIL, 1992). Em todos os incisos, há a previsão de multa civil, variando de acordo com o valor do acréscimo patrimonial, o valor do dano e a remuneração percebida, respectivamente.

Essa sanção soma-se às demais previstas para o ilícito da improbidade e diferencia-se do instituto chamado *astreinte* e da cláusula penal do direito contratual, também medidas sancionatórias cíveis, porém aplicáveis a situações inteiramente diversas. A multa civil configura, na realidade, um *plus* que se agrega à condenação, como uma forma de majorar a sanção patrimonial para além dos limites do dano sofrido pelo patrimônio público.

Dessa forma, trata-se de uma sanção que foge dos limites da indenização meramente compensatória (art. 944 do CC), atuando como verdadeira indenização punitiva, nos moldes do que tratamos acerca dos *punitive damages*.

No caso da Lei 8.429/92, a multa civil foi criada dentro de um balizamento específico, evitando-se a possibilidade de exageros, criticados no direito norte-americano. De todo modo, analisando as funções e a natureza dos institutos comparados, os *punitive damages* e a multa civil da LIA apresentam-se como instrumentos jurídicos extremamente similares, podendo ser entendidos a partir das mesmas premissas.

Apesar disso, a multa civil não tem sido utilizada de maneira autônoma à indenização compensatória, distanciando-se do modelo norte-americano, onde há distinção clara entre *compensatory damages* e *punitive damages*.

Nesse sentido, vale conferir o acórdão do TJDF, o qual entendeu que a quantia arbitrada a título de multa civil deveria ser equivalente ao acréscimo

patrimonial experimentado, desprestigiando a função punitiva do instituto¹⁹.
Vejam os:

A multa civil imposta ao agente público como integrante das sanções derivadas do ato de improbidade administrativa em que incorrerá deve ser mensurada de forma ponderada e em conformação com o prejuízo material que determinara ao erário público e ao incremento patrimonial que experimentara ilicitamente, resultando que, em tendo sido sujeitado às demais sanções apregoadas para o ilícito em que incorrerá, a fixação da sanção pecuniária no importe mínimo afigura-se adequada, devendo ser preservada (Lei nº 8.429, art. 12, I).

Note-se, portanto, que a não distinção entre indenização compensatória e indenização punitiva, atenua o efeito dissuasivo (prevenção especial e prevenção geral) que consiste na principal vantagem da multa civil prevista na Lei 8.429/92. Além disso, a existência de um limite máximo para quantificação de cada espécie de ato de improbidade não é adequado para o eficiente desempenho das funções preventiva e punitiva da indenização.

Essa deturpação da multa civil prevista na Lei de Improbidade Administrativa, contrária aos ditames dos *punitive damages*, pode gerar uma sensação de impunidade do ofensor, no sentido de a decisão não ser capaz de dar uma resposta justa à coletividade afetada, gerando descrédito e menoscabo ao ordenamento jurídico, por força da violação havida.

Não se pode, por outro lado, na ânsia de punir o agente público infrator, violar direitos e garantias a ele inerentes, se assim fosse estar-se-ia infringindo o próprio Estado Democrático de Direito. Nessas circunstâncias, leciona Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2000, p. 37-38) que a imposição de indenização com caráter de sanção somente deve ter lugar quando:

[...] a reintegração específica não for eficaz ou não for suficiente, ou quando não existir sanção penal correspondente ou, ainda quando o ato for extremamente ofensivo à sociedade. A exacerbação na imposição de uma tal sanção civil equivaleria a negar-se a função própria do Direito Penal e de todos os seus princípios, o que seria um retrocesso. Por outro lado, a sua aplicação comedida e prudente levaria a uma maior esfera de proteção ao interesse público e aos valores conceituais de interesse difuso e coletivo.

¹⁹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível. APC nº 20100110697267.

Por fim, no que diz à destinação da indenização punitiva nos casos de condenação por improbidade administrativa, a melhor solução é aquela que propugna a remessa do numerário a um fundo de gestão pública, à semelhança daquele criado pelo artigo 13 da Lei 7.347/85.

No último ponto deste trabalho, faremos a análise crítica de uma condenação por improbidade administrativa ocorrida no Distrito Federal, de modo que possamos avaliar, *in concreto*, a aplicabilidade dos *punitive damages* na seara do Direito Administrativo Sancionador.

3.4 APLICABILIDADE DOS *PUNITIVE DAMAGES*: ESTUDO DE CASO

3.4.1 Estudo de caso: Improbidade administrativa por enriquecimento ilícito e violação dos princípios da Administração Pública

Analisaremos a Ação Civil por Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) em desfavor de Lúcia Helena Alves Santana, ex-secretária executiva do Conselho do Fundo de Defesa do Consumidor – Procon/DF²⁰.

A servidora pública foi condenada em 1ª instância por improbidade administrativa tipificada nos artigos 9º, XI e 11, *caput*, tendo por consequência incidido o artigo 12, I e III, todos da Lei 8.429/92 obrigando-a:

a) Pagamento de R\$ 155.136,53 (cento e cinquenta e cinco mil cento e trinta e seis reais e cinquenta e três centavos), acrescido de correção monetária pelo INPC e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar do evento danoso a ser destinado ao Fundo de Defesa do Consumidor do Distrito Federal;

b) Pagamento de multa civil no valor equivalente a uma vez o montante do acréscimo patrimonial apurado acrescido de correção monetária pelo INPC e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da prolação desta sentença a ser destinado ao Fundo de Defesa do Consumidor do Distrito Federal;

c) Suspensão dos seus direitos políticos por 8 (oito) anos;

²⁰ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Ação Civil Pública por improbidade administrativa. Processo: 2012.01.1.040452-0.

d) Proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Os atos que acabaram na condenação decorreram de fraude em atas geridas pela servidora, a qual inseria nesses documentos dados de sua conta bancária a fim de que as empresas multadas pelo Procon/DF depositassem valores das sanções administrativas em sua conta corrente. A conduta ilícita resultou na apropriação de R\$ 155.136,53 (cento e cinquenta e cinco mil cento e trinta e seis reais e cinquenta e três centavos).

A fraude foi descoberta por funcionária da Caixa Econômica Federal, que comunicou os fatos ao Presidente do Procon/DF, oportunidade em que, confrontada com as acusações que lhe pesavam, a servidora confessou a realização do ato ilícito.

Contestada a petição inicial, a acusada alegou estado de necessidade e coação moral irresistível, face aos débitos que possuía, os quais levavam a ameaças dos credores (agiotas) à incolumidade própria e de sua família.

No entanto, quanto aos fatos alegados em sua defesa, o juiz entendeu que a servidora não conseguiu demonstrar que devia a agiotas, muito menos que era ameaçada por eles. Além disso, asseverou que o correto seria ela resolver a própria situação financeira utilizando-se dos meios legais, já que a excludente de ilicitude não se presta a justificar a prática de crimes, se a parte tem a opção e deveria agir de modo diverso.

Citando o acórdão de apelação da servidora na esfera penal²¹, o magistrado afirmou que o fato de ela estar em situação financeira difícil não caracterizava estado de necessidade a justificar o cometimento de crime, ainda mais se ela própria, livre e espontaneamente, foi a responsável por estar devendo dinheiro a várias pessoas.

Proferida a sentença condenatória, a servidora apelou requerendo a reforma do *decisum* para considerar a excludente de ilicitude.

²¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n. 676935, 2011011191761APR, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, Revisor: SOUZA E ÁVILA, 2ª Turma Criminal, Data de julgamento: 09/05/2013, Publicado no DJE 17/05/2013. Pág.: 419.

Ao julgar o recurso, o Desembargador relator, Luciano Moreira Vasconcellos, confirmou integralmente a decisão recorrida, todavia, o revisor, Sebastião Coelho, divergiu no que diz a aplicação da multa civil no valor de R\$ R\$ 155.136,53 (cento e cinquenta e cinco mil cento e trinta e seis reais e cinquenta e três centavos) referentes ao acréscimo patrimonial obtido pela apelante²². Nas palavras dele:

Então, essa senhora já recebeu sua sanção, que foi a perda da função pública e a devolução daquilo que indevidamente pegou dos cofres públicos. Contra isso não há qualquer controvérsia. Só vou dissentir do eminente Relator quanto a esse ponto. Nos demais, estou inteiramente de acordo com S. Ex.a. É que, se aplicarmos uma multa correspondente a 20% (vinte por cento) do valor do qual ela se apropriou, que daria algo em torno de 30 mil reais, seria o suficiente para reparar o ato condenável que ela praticou.

Essa pessoa não voltará mais ao serviço público e, para sobreviver - penso que deve ser qualificada, porque era concursada do PROCON -, deverá buscar outros meios de subsistência, como ambulante ou dar aulas, não sei o que ela vai fazer da vida.

O Desembargador, Sandoval Oliveira, vogal, acompanhou o voto do revisor, sob a alegação de que a imposição de multa civil de 20% (vinte por cento) sobre o acréscimo patrimonial obtido pela servidora seria suficiente para impor-lhe uma sanção.

3.4.2 Discussões sobre o *decisum* do TJDF

Inicialmente, verifica-se que ao alegar que a apelante “já recebeu sua sanção, que foi a perda da função pública e a devolução daquilo que indevidamente pegou dos cofres públicos”, os desembargadores, revisor e vogal, fazem confusão entre a função compensatória e a função punitiva da indenização.

Conforme falamos ao longo deste trabalho, tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem que há distinção clara entre as funções compensatória e punitiva, sendo que a primeira visa reparar um prejuízo real, colocando a vítima na situação anterior àquela que estaria caso o ilícito não tivesse ocorrido; já a segunda, objetiva cumprir uma dupla finalidade: punir o indivíduo que cometeu o ato e prevenir

²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível. 20120110404520APC.

novas condutas pela exemplaridade da punição. Além disso, é assente na jurisprudência que a multa civil prevista na Lei 8.429/92 possui caráter punitivo, devendo assim ser tratada.

Desse modo, reduzir a multa civil sob a alegação de que a acusada já foi anteriormente sancionada com a perda da função pública e a devolução do benefício auferido é desvirtuar o caráter sancionatório da multa civil.

Percebe-se, igualmente, que a não aplicação da função punitiva no âmbito da Lei 8.429/92 causa estímulo para o cometimento de novas infrações. Essa consequência indesejada ocorre em virtude da sensação de impunidade do lesante, o qual, muitas vezes, acredita ter obtido vantagem com o ilícito.

No caso relatado, imagine-se que a servidora pública tenha feito empréstimo no banco do mesmo valor que obteve ilicitamente. É bem provável que os juros que pagaria seriam superiores à multa aplicada pelo Judiciário no valor de 20% (vinte por cento) do acréscimo patrimonial.

Além disso, dependendo do destino dado ao dinheiro adquirido de forma ilícita, a vantagem patrimonial auferida pode ter sido superior ao pagamento de multa no valor de 20% de R\$ 155.136,53 (cento e cinquenta e cinco mil cento e trinta e seis reais e cinquenta e três centavos), o que totaliza o montante R\$ 31.027,31 (trinta e um mil e vinte sete e trinta e um centavos).

Considerando esses aspectos, podemos afirmar que a conduta praticada pela servidora foi vantajosa, ou seja, ela fez um empréstimo utilizando-se recursos públicos, o qual incidiu juros inferiores àqueles praticados pelo mercado.

Portanto, podemos inferir que o Estado, de certa forma, incentiva a prática de condutas dessa natureza, beneficiando alguns em detrimento de toda coletividade. Tal conclusão é baseada em dois fundamentos: primeiro, porque fere o princípio da isonomia, uma vez que aquele que pratica uma conduta ilícita terá maiores benefícios do que aquele que age conforme os ditames legais; segundo, porque o dinheiro desviado dos cofres públicos poderia estar empregado nas atividades estatais, como educação, saúde, segurança pública, dentre outras.

Pelos aspectos apresentados, não se pode negar que a conduta da servidora pública causou danos à coletividade e, nesse sentido, deveria ter havido condenação por danos extrapatrimoniais de caráter difuso, sendo os recursos daí

provenientes destinados ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, regulado pelo Decreto 1.306 de 9 de novembro de 1994.

Além disso, o comportamento da ré constituiu uma circunstância fática de alta reprovabilidade, o qual merecia ser dissuadido e desestimulado mediante a aplicação da multa punitiva superior ao dano financeiro causado ao erário público. Porquanto, a conduta perpetrada atingiu a própria lealdade da Administração Pública, visto que as partes condenadas pelo órgão (Procon/DF) acreditavam estar depositando os valores das multas a própria entidade, não em benefício privado da servidora.

Outro ponto merecedor de crítica está relacionado aos limites máximos da multa civil da Lei 8.429/92. Carvalho Filho (2015, p. 1138-1139) leciona que:

[...] há inflexibilidade quanto a seu limite: em todos os casos a lei o estabelece (a lei usa o termo “até”). Dentro do limite, contudo, a aplicação observa o caráter de flexibilidade, cabendo ao julgador eleger o valor mais adequado; de qualquer modo, reclama-se a observância da proporcionalidade entre a sanção e a conduta, bem como a devida justificação para o valor fixado.

De acordo com o que já dissemos, esse instituto sancionatório equivale aos *punitive damages* do direito norte-americano. Dessa maneira, não há falar em limites máximos, já que ficará ao arbítrio do julgador a análise dos critérios para quantificação do dano moral.

A lei supramencionada dispõe acerca da variabilidade da base de cálculo. Nas hipóteses de enriquecimento ilícito o limite da multa civil a ser aplicada é de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial; nos casos de dano ao erário a multa civil é de até duas vezes o valor do dano; e quando há violação aos princípios da Administração Pública a multa civil será de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente (BRASIL, 1992).

Perceba-se, todavia, que, em relação à multa civil aplicável, é mais vantajoso ao agente praticar ato de enriquecimento ilícito ou dano ao erário a cometer atos atentatórios aos princípios da Administração Pública. Isso denota que o sujeito que violar, por exemplo, o princípio da publicidade, poderá ser penalizado com uma sanção superior àquele que desviar recursos dos cofres públicos.

Desse ponto de vista, restringir a atuação do julgador a limites máximos de multa civil para as modalidades de improbidade fere a teoria da indenização punitiva, pois o valor arbitrado poderá não cumprir as finalidades preventiva e punitiva. Assim, deduzimos que deve haver um limite mínimo de multa civil, mas não limite máximo.

A alteração legislativa, portanto, é medida que se impõe para que o julgador possa ter uma maior margem de discricionariedade na aplicação da multa civil da Lei 8.429/92.

CONCLUSÃO

Ao longo desse trabalho, afirmamos que a probidade administrativa, além de ser princípio norteador da Administração Pública, também é direito ou interesse de caráter difuso protegido constitucionalmente.

Ocorrendo sua violação, nasce para o lesante a obrigatoriedade de ressarcir por todos os danos perpetrados, inclusive os danos extrapatrimoniais de natureza difusa. A Lei 8.429/92 disciplina as sanções a que estão submetidos os agentes públicos quando praticam atos de improbidade administrativa.

Apesar da submissão deles a diversas sanções, em âmbito administrativo, cível e criminal, a reincidência e a prática de novas condutas nos leva a crer que as medidas impostas não têm tido o condão de inibir tais atos.

Na década de 90 o Brasil começou a aderir a teoria da indenização punitiva, à semelhança do modelo dos *punitive damages*. Instituto que se desenvolveu nos Estados Unidos e visa majorar a indenização além do dano, a fim de cumprir uma dupla função: punir o ofensor e prevenir o cometimento de novas infrações, tanto pelo próprio lesante quanto pela coletividade.

A partir de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, dissemos que a indenização punitiva já é uma realidade, sendo coerente com os princípios que informam o Direito pátrio e constitui um mecanismo consistente e apto à consecução dos fins para ele almejados.

Embora haja na Lei de Improbidade Administrativa a figura da multa civil, sanção que se assemelha aos *punitive damages*, os operadores do Direito têm desvirtuado o instituto, confundindo o principal objeto da teoria da indenização punitiva: a distinção entre função compensatória e função punitiva.

Como forma de ilustrar a aplicabilidade dos *punitive damages* ao Direito Administrativo Sancionador, trouxemos um estudo de caso de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito e violação aos princípios da Administração Pública.

Na discussão, o TJDF, em sede de recurso, reduziu a multa civil sob o fundamento de que a acusada já havia sido sancionada com a perda da função, bem como com a devolução da quantia que havia apanhado dos cofres

públicos. No entanto, vimos que a fundamentação do nobre Desembargador afronta as premissas da teoria da indenização punitiva, pois a perda da função pública e a devolução do dinheiro não constituem punição ao ímprobo, mas, apenas, uma forma de recompor o *status quo ante*.

Além disso, a não aplicação da função punitiva no âmbito da Lei 8.429/92 causa estímulo para o cometimento de novas infrações, em virtude da sensação de impunidade do lesante, o qual, muitas vezes, acredita ter obtido vantagem com o ilícito.

Verifica-se assim que a função punitiva, isoladamente, não justifica excessos dos magistrados. Os dois extremos – indenização ínfima e indenização altíssima – geralmente resultam injustiças, razão pela qual a função punitiva assume relevo especial quando há a conjugação de certos fatores que fundamentam o aumento do valor indenizatório.

O estudo de caso trazido a lúmen seria típica hipótese em que os julgadores deveriam ter entendido pela condenação por danos extrapatrimoniais de natureza difusa, analisando-se os critérios objetivos para sua quantificação. Sendo os recursos daí provenientes destinados ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, regulado pelo Decreto 1.306/94.

Deduzimos que restringir a atuação do julgador a limites máximos de multa civil para as modalidades de improbidade fere a teoria da indenização punitiva, pois o valor arbitrado poderá não cumprir as finalidades preventiva e punitiva. Portanto, há que se ter um limite mínimo de multa civil, mas não limite máximo, sendo imprescindível a alteração legislativa para excluí-lo.

Diante do exposto, espera-se que pelo fortalecimento da indenização punitiva no Direito Administrativo Sancionador, especialmente na Lei 8.429/92, e, mesmo ao lume da inexistência de norma mais específica, se justifica, enquanto isso, a aplicação analógica da multa punitiva em face da previsão dos incisos I e II do artigo 12 da citada lei, uma vez que ali se preconiza uma multa que extrapola o próprio valor do acréscimo patrimonial pessoal do cidadão, o que serve como uma punição dissuasória a ser aplicada também ao caso do artigo 11 da LIA, analisando-se caso a caso a proporcionalidade devida.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência da *common law* e na perspectiva do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense: 2006a.

_____. Indenização punitiva. 2006b. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a. Acesso em: 27 mar. 2016.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. 1988. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

BITTAR, Carlos Alberto. Reparação Civil por Danos morais. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 05 abr. 2016.

_____. Decreto-Lei 3.240, de 8 de maio de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del3240.htm. Acesso em 06 abr. 2016.

_____. Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 abr. 2016.

_____. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 05 abr. 2016.

_____. Lei 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em 05 abr. 2016.

_____. Projeto de Lei nº 6.960 de 12 de junho de 2002. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2AB3BF0577CE16E161D93BD4019390D6.proposicoesWeb2?codteor=50233&filename=PL+6960/2002>. Acesso em 8 abr. 2016.

BRIGO, Jônathan Luiz. Aplicação da lei de improbidade administrativa aos agentes públicos. 2014. 55f. Monografia (bacharel) – UNIJUÍ - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28ª. ed. São Paulo: Gen, 2015.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Responsabilidade por dano não-patrimonial a interesse difuso (dano moral coletivo)*. 2000. Disponível em:<

http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista09/Revista09_21.pdf>
Acesso em: 23 mar. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. A responsabilidade civil objetiva e subjetiva do Estado. 2011. Disponível em: http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55_10.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 11^a. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CERQUEIRA, Marcelo Malheiros; DONIZETE, Elpídio. Curso de processo coletivo. São Paulo: Atlas, 2010.

COSTA, Márcia Bittencourt da. Corrupção, improbidade administrativa e o Tribunal de Contas da União. 2006. Disponível em: < <http://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/corruptao-improbidade-administrativa-e-o-tribunal-de-contas-da-uniao.htm>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

FAVARETTO, Cícero Antônio. A fixação do valor indenizatório do dano extrapatrimonial nas relações de consumo. 2008. 95 f. Monografia – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, 2008. Disponível em: <<https://favaretto.files.wordpress.com/2010/06/monografia-cicero-versao-final.pdf>>. Acesso em 18 mar. 2016.

FIGUEIREDO, Marcelo. Proibidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 5^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRANCO, Júlio César Silva de Mendonça. Danos morais: compensabilidade e quantificação, 2008. Disponível em: <http://base.repositorio.unesp.br/handle/11449/89871>. Acesso em: 16 mar. 2016.

FREITAS, Monike de Araújo. Improbidade administrativa. Sanções e efeitos, sob o aspecto jurídico e principiológico. 2012. 58f. Monografia (especialista) – Programa de pós graduação, Univercidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. V.3: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6^a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KOSAKA, Fausto Kozo. Apontamentos sobre dano moral coletivo. 2009. Disponível em: < <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/viewFile/145/84>>. Acesso em: 06 abr. 2016.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o direito brasileiro. Revista CEJ. n. 28. Brasília, jan.-mar., 2005.

MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 210: 159-170, out./dez. 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Tutela dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Dano moral coletivo. 4ª. ed. São Paulo: LTr, 2014.

MEIRELLES, H. L., Direito administrativo brasileiro. 36ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Fernando de Paula Batista. O dano não patrimonial transindividual. 2014. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/82964>> Acesso em: 23 mar. 2016.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELO, Nehemias Domingos. Dano moral: problemática do cabimento à fixação do *Quantum*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MIRANDA, Clever Augusto Jatobá; VALENTE NETO, Rubem de Oliveira. A função social do dano extrapatrimonial: um olhar sociológico e jurídico sobre o punitive damages, 2012. Disponível em: <http://www.rubemvalente.com/uploads/2/6/0/1/26011479/artigo_punitive_damages_1.pdf_>. Acesso em 30 mar. 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro. Curso de direito civil. V.1: parte geral. 44ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORETTO, Cássia Cristina. O dano moral e sua aferição econômica. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/30751/691.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de improbidade administrativa. 2ª. ed. São Paulo: Método, 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PARGENDLER, Mariana. O caráter exemplar da indenização e o Direito Civil Brasileiro: pena privada ou *punitive damages*. 2005. Disponível em

<<http://lanic.utexas.edu/project/etext/llilas/ilassa/2004/pargendler.pdf>>. Acesso em 27 mar. 2016.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; JÚNIOR, Waldo Fazzio. Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. 1999. São Paulo: Atlas.

PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. Dano moral contra a coletividade: ocorrências na ordem urbanística. 2003. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/1334/dano_moral_contra_a_coletividade_ocorrencias_na_ordem_urbanistica_>. Acesso em: 23 mar. 2016.

PROLA JÚNIOR, Carlos Humberto. Improbidade administrativa e dano moral coletivo. 2009. Disponível em: < http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-30-e-n.-31-janeiro-dezembro-de-2009/improbidade-administrativa-e-dano-moral-coletivo/at_download/file>. Acesso em: 27 mar. 2016.

REIS, Clayton. Dano moral. 5ª ed. Rio Janeiro: Forense, 2010.

_____. Os novos rumos da indenização do dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTOS, Antônio Jeová. Dano moral indenizável. 4ª. ed. São Paulo: RT.

SCHEREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SERPA, Pedro Ricardo e. Indenização punitiva. 2011. 386 f. Dissertação (mestrado). Curso de pós-graduação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 30ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1102-1103.

VIANA, Waleska Cariola. A evolução do direito a um governo probo na história do estado e a necessidade de ampliação da participação democrática na defesa do direito fundamental à probidade administrativa. 2014. 111f. Mestrado – Programa de pós-graduação, UNIFIEO, Osasco, 2014.

VIANNA, Tauanna Gonçalves. Indenização punitiva no Brasil: desafios e configuração. Revista de Direito Privado, vol. 57, p. 179-199, jan. 2014.

ANEXO – JURISPRUDÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial. *AREsp nº 606.352/SP*. Segunda Turma. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Milton da Silva Araújo. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=52026902&num_registro=201402706191&data=20150922&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em 13 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. *AgRg no AREsp nº 259.055/RS*. Segunda Turma. Agravante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Jairo Divino Oliveira Marques e Outros. Relatora: Ministra Assusete Magalhães, Brasília, 23 de fevereiro de 2016. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=56992974&num_registro=201202445730&data=20160309&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 13 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. *AgRg no AREsp nº 1.513.156/CE*. Segunda Turma. Agravante: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Agravado: Antônio Porfírio de Sousa. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 18 de agosto de 2015. Disponível em:
 <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=51266332&num_registro=201500121127&data=20150825&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 13 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp nº 1.352.035/RS*. Segunda Turma. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Michele Pires Xavier. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 18 de agosto de 2015. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=49633164&num_registro=201202318268&data=20150908&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 13 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 150.467/RJ. Turma. Recorrente: Omar dos Santos Carvalho e Outro. Recorrido: MB bioquímica e LTDA. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. Brasília, 11 de novembro de 1997. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700708837&dt_publicacao=24-08-1998&cod_tipo_documento=1>. Acesso em 13 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp nº 210.101/PR*. Quarta Turma. Recorrente: Laura Nunes Pereira e Outros. Recorrido: Bureau veritas do Brasil Sociedade Classificadora LTDA. Recorrido: Antônio Luiz Magalhães Borges Alexandrino. Recorrido: Real Seguradora S/A. Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias. Brasília, 20 de novembro de 2008. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=51266332&num_registro=201500121127&data=20150825&tipo=5&formato=PDF>

encial=4448230&num_registro=199900315197&data=20081209&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 13 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp nº 332.589/MS*. Tercera Turma. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Marcos Makoto Ito. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, 8 de outubro de 2001. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=75165&num_registro=200100963480&data=20020415&formato=PDF>. Acesso em 13 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp nº 516.190/MA*. Segunda Turma. Recorrente: José Câmara Ferreira. Recorrido: Ministério Público do Estado do Maranhão. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 6 de março de 2007. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2964293&num_registro=200300069024&data=20070326&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 13 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp nº 598.281/MG*. Primeira Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Município de Uberlândia. Recorrido: Empreendimentos Imobiliários Canaã LTDA. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 2 de maio de 2006. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2391006&num_registro=200301786299&data=20060601&tipo=5&formato=PDF> Acesso em 13 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp nº 860.705/DF*. Segunda Turma. Recorrente: Francisco Barbosa do Nascimento e Outro. Recorrido: Distrito Federal. Relator: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 24 de outubro de 2006. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2649692&num_registro=200601368260&data=20061116&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 13 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *Resp nº 960.926/MG*. Segunda Turma. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Manoel Ferreira Brandão. Recorrido: Selmi José Rodrigues. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 18 de março de 2008. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3798451&num_registro=200700667942&data=20080401&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 13 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. *Rcl nº 2.138/DF*. Reclamante: União. Reclamado: Juiz Federal substituto da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Reclamado: Relator da AC Nº 1999.34.00.016727-9 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator: Ministro Nelson Jobim. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=70&dataPublicacaoDj=18/04/2008&incidente=2044010&codCapitulo=5&numMateria=11&codMateria=1>> Acesso em 13 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 650.898/RS*. Reclamante: Município de Alecrim. Reclamado: Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, Disponível

em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=31&dataPublicacaoDj=19/02/2016&incidente=4115555&codCapitulo=2&numMateria=1&codMateria=4>>. Acesso em 13 abr. 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Apelação Cível. APC nº 20100110697267*. 1ª Turma Cível. Apelante: Luiz Cláudio Freire de Souza França e Outros. Apelado: os mesmos. Relator: Desembargador Teófilo Caetano. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&historicoDePaginas=buscaLivre&argumentoDePesquisa=&numero=589489&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeRelator=TODO&camposSelecionados=NumAcordao&camposDeAgrupamento=&numeroDoDocumento=589489&quantidadeDeRegistros=20&documentos=589489&campoDeOrdenacao=&baseDados=BASE_ACORDAOS&baseDados=TURMAS_RECURSAIS&baseDados=BASE_HISTORICA&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&baseSelecionada=&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1>. Brasília, 3 de maio de 2012. Acesso em 13 abr. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Apelação Cível. APC nº 20120110404520*. 5ª Turma Cível. Apelante: Lúcia Helena Alves Santana. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Desembargador Luciano Moreira Vasconcellos. Brasília, 11 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=842748>>. Acesso em 13 abr. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Apelação Cível. APC nº 19980110357488*. 2ª Turma Cível. Apelante: Losango Promotora de Vendas LTDA. Apelado: Raulmiro Rios Paiva. Relator: Desembargadora Nancy Andrichi. Brasília, 4 de outubro de 1999. Disponível em: <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&historicoDePaginas=buscaLivre&argumentoDePesquisa=&numero=119439&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeRelator=TODO&camposSelecionados=NumAcordao&camposDeAgrupamento=&numeroDoDocumento=119439&quantidadeDeRegistros=20&documentos=119439&campoDeOrdenacao=&baseDados=BASE_ACORDAOS&baseDados=TURMAS_RECURSAIS&baseDados=BASE_HISTORICA&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&baseSelecionada=

onada=&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1>.
Acesso em 13 abr. 2016.